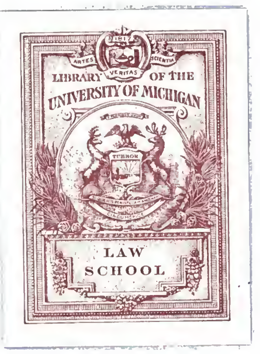
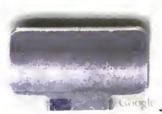
image
not
available






ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
LAW
SCHOOL



Der Entwurf

eines

bürgerlichen Gesetzbuchs

und

das deutsche Recht.

Der Entwurf

eines

bürgerlichen Gesetzbuchs

und

das deutsche Recht.

Von

Otto Gierke,

Geheimer Justizrat und o. ö. Professor der Rechte an der Universität Berlin.

Veränderte und vermehrte Ausgabe

der in Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft erschienenen Abhandlung.



Leipzig,

Verlag von Duncker & Humblot.

1889.

Vorwort.

Wenn ich in diesem Buche meine in Schmollers Jahrbuch stückweise erschienene Abhandlung über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht mit Abänderungen und Zusätzen neu herausgebe, so bestimmt mich hierzu ein doppelter Beweggrund.

Zunächst der Wunsch, daß meine Arbeit auch außerhalb des Leserkreises des Jahrbuches unter Fachgenossen und Mitgliedern anderer Berufsstände Verbreitung finde. Eine Schrift, wie diese, will werben! Nicht freie Wahl, sondern unentrinnbarer Gewissenszwang hat mir die Feder in die Hand gedrückt. Ich bin in den Kampf eingetreten, weil mir ein hohes Gut unseres Volkes bedroht zu sein scheint, — ein Gut, in dessen Pflege mein Leben dahinfließt und zu dessen Verteidigung wissenschaftliche Überzeugung und amtliche Pflicht mich aufrufen: unser deutsches Recht! So darf ich denn auch fernerhin nichts unterlassen, was dazu beitragen kann, den offenen und versteckten Widerstand gegen jede ernste Prüfung des geplanten Gesetzeswerkes, die zur Vertuschung und Schönfärberei geneigte Halbheit, die Gleichgültigkeit und Vertrauensseligkeit der großen Mehrheit zu besiegen. In je weiteren Kreisen dieses Buch die ehrliche Überzeugung weckt oder festigt, daß dieser Entwurf nicht Gesetz werden darf, desto besser erfüllt es seine Aufgabe!

Sodann aber bot mir die neue Ausgabe Gelegenheit, durch Ergänzungen einen ungefähren Überblick über den Stand der inzwischen von anderer Seite veröffentlichten Beurteilungen des Entwurfes zu gewähren. Von einer wirklichen Verarbeitung dieser umfangreichen und zum Teil überaus wertvollen und eindringenden Litteratur konnte freilich nicht die Rede sein. Doch sind die wichtigsten zustimmenden und abweichenden Meinungsäußerungen angeführt und im übrigen Hinweise auf die Stellen beigefügt, an denen genauere

Belehrung zu gewinnen ist. Manchem Leser wird damit gedient sein, auf diese Weise einen Gesamteindruck von dem Ergebnis der bisherigen Besprechungen des Entwurfes zu empfangen.

Zugleich mag die Vervollständigung meines Aufsatzes dazu beitragen, das Ziel, das derselbe sich gesteckt hat, klarer hervortreten zu lassen. Wohl handelt es sich zuvörderst um Verneinung. Allein diese Verneinung will nur Raum schaffen für eine kraftvolle, freudige, zuversichtliche Bejahung! Der Kampf gegen diesen Entwurf ist doch auch ein Kampf für das deutsche Gesetzbuch, das wir haben wollen und haben werden! Unbegreiflich ist der Kleinmut, der da fürchtet, mit dem Scheitern des ersten Anlaufes werde das Schicksal der weltgeschichtlichen Bewegung besiegelt sein, die zur deutschen Rechtseinheit hintreibt. Ein derartiges Mißgeschick, das zuletzt nur den Verlust einiger Jahre bedeutet, wird den Mut und die Kraft eines aufstrebenden Volkes nicht lähmen. Das deutsche Volk wird nur mit gesteigertem Ernste arbeiten und ringen, bis sein Sehnen gestillt ist. Und wenn immer wieder den Gegnern dieses Entwurfes vorgeworfen wird, daß ihre Angriffe das Gelingen des großen vaterländischen Werkes gefährden, so muß eine nähere Beschäftigung mit allen diesen Schriften vielmehr die Einsicht fördern, wieviel in der kurzen Spanne Zeit seit Veröffentlichung des Entwurfes gerade die schärfste Kritik zugleich bereits für den erhofften Um- und Neubau geleistet hat.

Möge uns allen noch die Sonne des frohen Tages leuchten, an dem ein deutsches Gesetzbuch geboren wird, das deutsch ist!

Berlin, 7. Juli 1889.

O. Gierke.



Inhaltsverzeichnis.

Erster Abschnitt.

Der Geist des Entwurfes im allgemeinen.

Zweiter Abschnitt.

Sprache und Fassung des Entwurfes.

Dritter Abschnitt.

System und Geltungsbereich des Entwurfes.

Vierter Abschnitt.

Der Allgemeine Teil des Entwurfes.

Fünfter Abschnitt.

Das Obligationenrecht des Entwurfes.

Sechster Abschnitt.

Das Sachenrecht des Entwurfes.

Siebenter Abschnitt.

Das Familienrecht des Entwurfes.

Achter Abschnitt.

Das Erbrecht des Entwurfes.

Neunter Abschnitt.

Die Zukunft des Entwurfes.

Schriftenverzeichnis.

Zum Verständnis der in abgekürzter Form beigebrachten Citate wird hier eine Zusammenstellung der den ganzen Entwurf betreffenden Litteratur vorangeschickt. Die Arbeiten über einzelne Teile des Entwurfes sind am gehörigen Ort unter ausreichender Bezeichnung angeführt.

Der „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich" ist nach der amtlichen Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888, citiert. — Eine Ausgabe mit Kommentar bietet P. Alexander-Katz, Erläuternde Anmerkungen zu den Vorschriften des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1888.

Die „Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich" sind nach der amtlichen Ausgabe, Berlin 1888, Bd. I—V, citiert. Wo eine Bandzahl nicht angegeben ist, bezieht sich das Citat auf denjenigen Band, welcher das gerade besprochene Buch des Entwurfes behandelt; mithin: in Abschn. IV auf Bd. I, in Abschn. V auf Bd. II, in Abschn. VI auf Bd. III, in Abschn. VII auf Bd. IV, in Abschn. VIII auf Bd. V.

Sachregister zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und den dazu herausgegebenen Motiven, nebst Inhaltsübersicht über die fünf Bände der Motive, bearbeitet vom Amtsrichter Jatzow, Berlin und Leipzig 1888.

Sachregister zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, bearbeitet von M. Greiff, Berlin 1888.

Entwurf eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die vom Bundesrate berufene Kommission. Nebst Motiven. Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888. — Citiert: E. G.

Folgende Sammelwerke, Zeitschriften u. s. w. enthalten Besprechungen des Entwurfes:

Bekker und Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Berlin 1888 u. 1889. Citiert als „Beiträge" unter Angabe des

einzelnen „Heftes“. — Veröffentlicht waren bis zum Abschluß dieser Arbeit: Heft 1 Bierhaus; Heft 2 Bekker; Heft 3 Meischeider; Heft 4 Koch; Heft 5 von Liszt; Heft 6 Fischer; Heft 7/8 Zitelmann; Heft 11 Lothar Seuffert; Heft 12 Bernhöft; Heft 13 Cosack; Heft 14 Krech; Heft 16 Petersen.

Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben im Auftrage des Deutschen Anwalt-Vereines von den Rechtsanwälten Adams, Wilke, Mecke, Hartmann, Erythropel, Berlin 1888 u. 89. Citiert als „Gutachten“ unter Angabe der Seitenzahl; die Sammlung erscheint zwar in einzelnen Heften, jedoch mit fortlaufenden Seitenzahlen. — Veröffentlicht waren bis zum Abschluß dieser Arbeit 10 Hefte; in Heft 1 Gutachten von Mecke, Kausen, Lindelmann II, Martinius, David; Heft 2 Lehmann, Hachenburg, Cohn; Heft 3 Reatz, Westrum; Heft 4 Gebhart, Berolzheimer, Kempf; Heft 5 Hartmann, Scholler, Wernick; Heft 6 Staub, Fuld, Lindelmann II, Stein; Heft 7 Hellmann, Reatz, Horwitz; Heft 8 Martinius, Wolf, Rieß; Heft 9 Boyens, Reatz; Heft 10 Klöppel, Kausen, Löwenfeld.

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausgegeben von M. Seydel, München und Leipzig; citiert: Krit. V.J.Schr. — Darin Bd. 30 S. 321 ff. u. 481 ff. eine Besprechung des Entwurfes von O. Bähr; dieselbe ist gemeint, wenn Bähr ohne Zusatz angeführt wird.

Archiv für die civilistische Praxis, herausgegeben von Degenkolb, Franklin, Hartmann, Mandry und v. Kohlhaas, Freiburg i. B.; citiert: Arch. f. d. civ. Pr. — Darin Bd. 73 S. 1 bis 160 Hölder, Zum Allgemeinen Teil des Entwurfes, S. 309 bis 407 G. Hartmann, Der Civilgesetzentwurf, das Äquitätsprinzip und die Richterstellung, S. 225—235 Rudloff, Glossen zum Civilgesetzentwurf, sowie S. 161 ff. u. 408 ff. Aufsätze zu einzelnen Lehren von Laband, Kohlhaas und Brühl; Bd. 74 S. 1 ff. u. 299 ff. Aufsätze von Laband, Hinschius, Bolze, Wendt, Rudolph, Lenel, v. Meibom, v. Scheurl, Brühl, Weismann und Kolligs.

Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von R. v. Jhering, Jena; citiert: Jahrb. f. Dogm. — Darin Bd. 27 (N. F. Bd. 15) Aufsätze von Schloßmann, Ehrenberg, Pappenheim, Strohal.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht, begründet von J. A. Gruchot, herausgegeben von Rassow und Künzel, Berlin; citiert: Beitr. z. Erl. des deut. R. — Darin Bd. 32 S. 611 ff. u. 852 ff., Bd. 33 S. 64 ff. u. 388 ff.: „Beiträge zur Erklärung und Würdigung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches“. Insbesondere: Klöppel, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich,

Bd. 32 S. 611 ff.; — Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches vor dem Juristentage, Bd. 32 S. 852 ff.; — Das Familien- und Erbrecht des Entwurfs zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 33 S. 64 ff. u. 338 ff.; — Erklärung S. 405—406. — Ferner Litteraturübersichten von Neumann (vgl. unten) und in Bd. 32 S. 656 ff. Kühnast (erbrechtliche Studie), in Bd. 33 S. 364 ff. Rothenberg (Regreß des Bürgen).

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, Wien; citiert: Zeitschr. f. d. Privat- u. öff. R. der Gegenw. — Darin Bd. 15 S. 673—689 Unger (die Citate S. 19 Anm. 5, 165 Anm. 3 u. 237 Anm. 2 geben infolge eines Versehens dafür die Seitenzahlen eines Sonderabdrucks); Bd. 16 S. 545 ff. Mitteis.

Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von J. Kohler und V. Ring, Berlin; citiert: Arch. f. bürg. R. — Darin Bd. 1 S. 1—189: E. Schwartz, Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland und die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich; S. 190—232: V. Ring, Der Entwurf und seine Beurteiler; S. 233—326: Aufsätze von Bähr, Mataja, Kohler; Bd. 2 Heft 1: Aufsätze von E. Fuchs, L. Jacobi, Gerson, Hilse.

Archiv für sociale Gesetzgebung und Statistik, herausgegeben von H. Braun, Tübingen. In Bd. 2: A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen; citiert: Menger.

Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte. Darin Bd. 54 u. 55 eine Abhandlung von Hachenburg, Das französisch-badische Recht und das deutsche bürgerliche Gesetzbuch.

Verhandlungen des neunzehnten deutschen Juristentages, herausgegeben von dem Schriftführeramt der ständigen Deputation; Berlin und Leipzig 1888. — Darin Bd. 1 Gutachten von Otto Freiherrn v. Völderndorff, A. Lammers; Bd. 2 Gutachten von v. Meibom, Friedensburg, Fuld, Rosin, Pfaff, Kohler, Eck, O. Gierke, Fischer; Bd. 3 Stenographische Berichte.

Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages, herausgegeben von dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation, Berlin u. Leipzig 1889. — Darin Bd. 1 Gutachten von E. Laué, Wilke, Munk, H. Dove, Strützki, Cosack, B. Hilse, H. Staub, E. Hölder, Heinsen, Bähr, Hanausek; Bd. 2 Gutachten von Koffka, H. V. Simon, F. Endemann, Reatz, Otto Mayer, L. Jacobi, Brie, Jäckel, Fischer. Ein dritter Band, der demnächst ausgegeben wird, konnte noch nicht benutzt werden.

Einzelschriften, die den Entwurf im Ganzen betreffen:

O. Bähr, Das bürgerliche Gesetzbuch und die Zukunft der deutschen Rechtsprechung; Sonderabdruck aus den Grenzboten. Leipzig 1888.

F. Dahn, Vorwort zu „Bemerkungen über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich“; Sonderabdruck aus Nr. 834 der Schlesischen Zeitung vom 27. November 1888.

K. Dickel, Über das neue bürgerliche Gesetzbuch für Montenegro und die Bedeutung seiner Grundsätze für die Kodifikation im allgemeinen, mit Bemerkungen über den neuen Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Marburg 1888.

E. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1889.

O. Gierke, Die sociale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien. Berlin 1889.

Ludwig Goldschmidt, Kritische Erörterungen zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erstes Heft: Die formalen Mängel des Entwurfes. Leipzig 1889. Citiert: L. Goldschmidt.

E. Hölder, Über den Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Vortrag gehalten am 20. März 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien. Erlangen u. Leipzig 1889.

L. Jacobi, Entstehung und Inhalt des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Einleitender Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin am 12. Mai 1888. Berlin 1888.

J. E. Kuntze, Betrachtungen über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich v. J. 1888. Leipziger Dekanatsprogramm zur Feier des Andenkens an Hofrat C. F. Kees am 13. Februar 1889.

F. Leske, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und das Preußische Allgemeine Landrecht. Eine vergleichende Darstellung zur Einführung in das Studium des Entwurfes. Leipzig 1889.

H. G. Opitz, Gutachten über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erstattet für den Landeskulturrat des Königreichs Sachsen. Leipzig 1889.

F. Poland, Bemerkungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Dresden 1888.

B. Schilling, Aphorismen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Sonderabdruck aus der Kölnischen Volkszeitung. Köln 1888.

F. Zróbłowski, Kodifikationsfragen und Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Prag 1888.

Litteraturübersichten:

Neumann in den Beitr. z. Erläut. des deutsch. R. Bd. 32 S. 679 bis 683, 871—885, Bd. 33 S. 93—106, 383—405.

Ring im Arch. f. bürg. R. Bd. 1 S. 190—232.

Cosack in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 35 S. 578—594.

Leonhard im Centralblatt für Rechtswissenschaft, herausgegeben von v. Kirchenheim, Stuttgart, Bd. 7 u. 8.

Bähr, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 31 S. 351—372.

Erst nach Abschluß der Arbeit sind mir zugegangen:

Heft 11 der Gutachten aus dem Anwaltstande. Darin: Fritz Meyer, Die Lehre von den Zeitbestimmungen, Bedingungen und Befristungen und der Anspruchsverjährung nach dem Entwurfe u. s. w.; Metz I, Vorschlag zur Aufnahme einiger allgemeinen Normen über die Benutzung der fließenden Gewässer (Wasserrecht) in den Entwurf u. s. w.; Westrum, Einige Bemerkungen zum Buch IV Abschnitt 2 Titel 1 des Entwurfs u. s. w.; Wilke, Gesetzliche Erbfolge und Pflichtteil. — Fritz Meyer rügt gleich uns die Versäumung von Vorschriften zum Schutz der Sonntagsruhe (S. 936 bis 937), erklärt die meisten Bestimmungen über Bedingungen und Befristungen für „total überflüssig und doktrinär" (S. 937—945), bekämpft die Aufnahme der Lehre von der „Voraussetzung" (S. 939), erblickt in dem Abschnitt über die Anspruchsverjährung ein in Paragraphen gefaßtes Stück des Windscheidschen Pandektenlehrbuchs (S. 945—954) und verwirft durchweg den Anspruchsbegriff des Entwurfes als Wiedergabe der römischen actio (S. 946 ff.). — Metz I schlägt eine Anzahl von Zusatzparagraphen hinter § 781 über die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Gewässern vor (S. 966 bis 968); im übrigen bekennt er sich als „überzeugten Anhänger des Entwurfes" (S. 955). — Die Aufsätze von Westrum und Wilke konnten noch bei der Korrektur benutzt werden.

L. **Jacobi**, **Miete und Pacht.** Ihre Stellung in der Kulturgeschichte, im Privatrecht und im Systeme des Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1889. — Darin nähere Ausführung und Begründung der an den betreffenden Stellen dieses Buches bereits erwähnten Einwendungen des Verfassers gegen den Entwurf und Gegenvorschläge im Sinne des Preußischen Landrechts.

Erster Abschnitt.

Der Geist des Entwurfes im allgemeinen.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich ist veröffentlicht[1]).

Erfüllt er annäherungsweise die ihm gestellte Aufgabe? Verheißt er uns ein zugleich wahrhaft deutsches und wahrhaft modernes Recht, geboren aus dem ureigenen Geiste unseres Volkes und ausgestaltet aus der Kraft und Fülle unseres Zeitbewußtseins, abschließend das Ringen von Jahrhunderten und grundlegend für eine ferne Zukunft? Bringt er für das, was er zerstören will, einen Ersatz, der die uns zugemuteten Opfer aufwiegt? Schöpft er das Recht, welches uns beherrschen soll, aus dem tiefen Born des nationalen Bewußtseins? Spricht er deutsch zum deutschen Volke, auf daß er die tiefen Wunden endgültig heile, die mehr noch als die Reception des fremden Rechtes der durch sie erzeugte Zwiespalt zwischen der Gedankenwelt der deutschen Juristen und den volkstümlichen Rechtsanschauungen unserem Rechtsleben vor Zeiten schlug? Krönt er die mühevolle Arbeit der letzten Menschenalter, die uns langsam freilich und nicht ohne Rückschläge, aber doch im ganzen merklich und stetig dem Ziele einer Wiederherstellung der verlorenen Einheit zwischen Recht und Volk genähert hat? Verstand er es, dem arbeitenden Geiste unserer Rechtsgeschichte geheime Gedanken abzulauschen, die er nunmehr über innere

[1]) Über „Die Entstehungsgeschichte eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich" handelt F. Vierhaus, Heft 1 der Beiträge von Bekker und Fischer; ferner E. Schwartz im Archiv für bürg. R. I S. 1—189; in Kürze auch Jacobi, Entstehung und Inhalt des Entw. u. s. w. S. 1—9.

Gährungen und äußere Hemmungen hinweg an das Licht fördert und in zukunftreichen Gebilden verkörpert? Ist er sich der sittlichen und socialen Bedeutung einer Kodifikation des Privatrechtes bewußt geworden und nimmt er nun mutvoll Stellung zu den Lebensproblemen unserer heutigen Gesellschaft, auf daß er an seinem Teile dahin wirke, alte Schäden zu heilen und die Saat künftigen Segens auszustreuen?

Vor uns liegt ein stattliches Werk. Aus jeder Zeile desselben errät der Kundige die gewissenhafte, mühsame, ausdauernde Arbeit, welche in treuer Hingabe an das übertragene Amt fachmännisch gebildete und scharfsinnige Männer der großen Aufgabe gewidmet haben. Ein ungeheueres, schwer übersehbares Material ist gesammelt, verglichen, bewältigt. Auf sorgfältigster Erwägung des Für und Wider beruht jede einzelne Entscheidung, ja die Fassung jedes Satzes und die Wahl jedes Wortes, und nicht zum mindesten der an zahlreichen Stellen gefaßte Entschluß der Selbstbeschränkung, der im Texte keine andere Spur als die des Schweigens hinterlassen hat. Durch und durch strotzt der Entwurf von Gelehrsamkeit. Juristischer Feinheiten, kunstvoller Konstruktionen, sauberer Unterscheidungen ist er voll. Nicht ganz, aber doch über Erwarten ist es geglückt, die aus der Verteilung der einzelnen Abschnitte unter verschiedene Redaktoren erwachsenen Gefahren zu überwinden und den einheitlichen Charakter des Ganzen zu wahren. Stolz mag die Kommission sich rühmen, ein Muster dessen uns hinzustellen, was deutscher Fleiß im Bunde mit modernster Technik vermag.

Mit um so schwererem Herzen muß es gesagt werden: die Antwort auf die Fragen, mit denen wir an den Entwurf herantraten, — sie lautet „Nein“!

Wird dieser Entwurf nicht in diesem oder jenem wohlgelungenen Detail, sondern als Ganzes betrachtet, wird er auf Herz und Nieren geprüft und nach dem Geiste befragt, der in ihm lebt, so mag er manche lobenswerte Eigenschaft offenbaren. Nur ist er nicht deutsch, nur ist er nicht volkstümlich, nur ist er nicht schöpferisch — und der sittliche und sociale Beruf einer neuen Privatrechtsordnung scheint in seinen Horizont überhaupt nicht eingetreten zu sein! Was er uns bietet, das ist in seinem letzten Kern ein in Gesetzesparagraphen gegossenes Pandektenkompendium. Selbstverständlich mit umfassenden Konzessionen an das deutsche und moderne Recht, mit Weglassung vieler noch vegetierender römischer Institute und mit Aufnahme zahlreicher einheimischer Rechtsbildungen, ohne die nun einmal ein Recht

der Gegenwart nicht denkbar ist. Aber das innere Gerüst des ganzen Baues vom Fundament bis zum Giebel entstammt der Gedankenwerkstätte einer vom germanischen Rechtsgeiste in der Tiefe unberührten romanistischen Doktrin, und fast wie ein fremdartiger Stoff nur ist das deutsche Recht ihm eingefügt, überall so behauen und beschnitten, wie es die reinen Linien des stilvollen Kunstbaues am wenigsten zu stören schien. Mit jedem seiner Sätze wendet dieses Gesetzbuch sich an den gelehrten Juristen, aber zum deutschen Volke spricht es nicht — nicht zu seinen Ohren, geschweige denn zu seinem Herzen. In kahle Abstraktionen löst es auf, was von urständigem und sinnfälligem Rechte noch unter uns lebt; starrem Formalismus und dürrem Schematismus opfert es den Ideenreichtum und die organische Gestaltenfülle unserer vaterländischen Rechtsbildung. Und arm, unbeschreiblich arm erweist es sich an schöpferischen Gedanken. In der Hauptsache begnügt es sich mit einer Kodifikation des usus modernus pandectarum, den es durch einzelne Entlehnungen aus den neueren Gesetzbüchern, durch Wiedergabe von einigem schon vorhandenen Reichsrecht und durch Verallgemeinerung gewisser bisher nur in mehr oder minder übereinstimmenden Landesgesetzen durchgeführter Reformen ergänzt. Wo es aber ausnahmsweise Neues bringt, entbehrt es infolge seiner Grundrichtung von vornherein der gesunden und unverkümmerten Zeugungskraft. Nur aus Lebendigem geht Lebendiges hervor. Wahrhaft Lebendiges wird kein Gesetzgeber schaffen, der sich gegen den frischen Lebensquell alles Rechtes verschließt! Der sich abkehrt von der Seele seines Volkes und den Pulsschlag seiner Zeit überhört, künstlich sich isolierend, weil er in seiner weltgeschichtlichen Aufgabe nur oder doch zunächst ein Problem juristischer Technik erblickt, das man am besten fern vom Lärm der Gasse in vornehmer Zurückgezogenheit löst! Der eine Neuordnung des Privatrechtes unternimmt, ohne zu begreifen, daß er hiermit eine sociale That vollziehen, daß er ein gutes Stück der Verantwortung für die künftige Gestaltung der sittlichen und wirtschaftlichen Zustände auf sich laden soll — und dies in einem Zeitalter, in welchem den gesellschaftlichen Körper eine innere Bewegung durchbebt, deren Fortgang über Sein oder Nichtsein unserer Kultur entscheiden mag! Oder wäre dieser Vorwurf dem Entwurfe gegenüber unbegründet? Wohnt ihm dennoch etwa eine verborgene sociale Tendenz inne? Aber dann wäre dies die individualistische und einseitig kapitalistische Tendenz des reinsten Manchestertums, es wäre jene gemeinschaftsfeindliche, auf die Stärkung des Starken gegen den Schwachen zielende, in Wahrheit antisociale Richtung, mit der

im übrigen unsere neue deutsche Gesetzgebung so entschieden gebrochen hat! Schwerlich liegt dem Entwurfe eine derartige Absicht zu Grunde. Vielmehr ist es der Mangel jeder den Bannkreis der Jurisprudenz überschreitenden Absicht, der unwillkürlich ein solches Ergebnis hervorgebracht hat und immer und überall hervorbringen muß, wenn der römische Rechtsgedanke über den germanischen triumphiert.

Es gilt, diese allgemeinen Behauptungen zu beweisen. Aber bevor wir uns hierzu anschicken, halten wir einen Augenblick inne, um uns die Frage vorzulegen, ob wir nicht vielleicht mitten in einem unpatriotischen Unternehmen stehen. Die Frage klänge sonderbar, wenn nicht wirklich bereits Stimmen laut geworden wären, welche um des hohen Zieles der deutschen Rechtseinheit willen dem Vaterlandsfreunde zwar nicht jede Kritik der mühsamen Arbeit untersagen, aber doch ein gewisses Maß der Kritik vorschreiben wollen. Gegen den Vorschlag einzelner Verbesserungen will man nichts einwenden. Wer aber an den Grundlagen des einmal festgestellten Entwurfes rüttelt, ernsthafte Bedenken prinzipieller Art erhebt und womöglich eine Umschmelzung des Ganzen fordert, setzt sich zum mindesten dem Verdachte aus, in engherziger Gesinnung die Erreichung eines politischen Erfolges von unermeßlicher Tragweite für das deutsche Gesamtstaatsleben zu erschweren und zu verzögern, um ein im Verhältnis hierzu minderwertiges Gut zu retten. Er mag von Glück sagen, wenn er den Namen des „Reichsfreundes" nicht verwirkt: unter allen Umständen zeigt er, daß er ein schlechter Politiker ist!

Nichts wäre gefährlicher, nichts unseren Kindern und Enkeln verderblicher, als wenn bei der Neuordnung unseres bürgerlichen Rechtes eine derartige Stimmung den Ausschlag gäbe. Wohl ist die Rechtseinheit eine köstliche Blüte des nationalen Lebens. Allein keineswegs ist die äußere Uniformität des Rechtes schon an sich ein unbedingt wertvolles Gut, das selbst auf Kosten der inneren Lebenskraft des Rechtes und seines Zusammenhanges mit dem Volkstum schlechthin zu verwirklichen wäre und nur eben dazusein brauchte, um alsbald den herrlichsten Ertrag zu liefern. Der Einheitsfanatismus, welcher schon von der Einheit als solcher das Heil erwartet, verfällt in denselben verhängnisvollen Irrtum, dem Spanien seine Glaubenseinheit verdankt. Es giebt ja freilich zweifellos Gebiete, auf denen ein Volk seine Einheit, wenn sie um einen geringeren Preis nicht zu haben ist, auch mit dem größten Opfer, und sei es mit einem Stück seines Selbst, erkaufen muß. Die politische und militärische Einheit, die Sammlung der nationalen Willenskraft in einer nach

innen und außen starken centralen Staatsgewalt ist eine Existenzbedingung des Volkes. Vor der Existenzfrage aber tritt jede andere Frage des Gemeinlebens zurück; erst muß man leben, bevor man daran gehen kann, das Leben zu gestalten und mit würdigem Inhalt zu erfüllen. Und offenbar ist die staatliche Einheit ohne ein Stück rechtlicher Einheit undenkbar. Allein ebenso sicher ist es, daß zu den notwendigen Daseinsbedingungen einer Nation die Einheit alles Rechtes nicht gehört. Die volle Rechtseinheit ist sogar selbst im größeren Einheitsstaate kaum durchführbar, im Bundesstaate unmöglich. Es giebt also mindestens im letzteren neben Gebieten notwendiger Rechtseinheit auch Gebiete notwendiger Rechtsverschiedenheit. Die große Masse des Rechtes aber liegt dazwischen. Vor allem kann das Privatrecht sogut im Sinne der Uniformität wie im Sinne der Mannigfaltigkeit ausgestaltet sein, ohne daß die nationale Existenzfrage davon berührt würde. Die Rechtseinheit mag auch hier wünschenswert sein. Doch gefährdet ihr Mangel in keiner Weise die Staatseinheit. Oder hätte man etwa bei der Kraftentfaltung des preußischen Staates die Buntscheckigkeit seiner Privatrechtsordnung gespürt? Und sehen wir nicht in der Schweiz die Bruchstücke dreier Nationen mehr und mehr zu einem Staatsvolke zusammenwachsen, obwohl bis heute der Gesamtstaat nicht einmal die Zuständigkeit für das gesamte Privatrecht besitzt? Umgekehrt vermag die bloße äußere Einheit der Privatrechtsordnung kaum einen erheblichen politischen Effekt zu erzielen. Man blicke doch nur auf das Geltungsgebiet des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches! Ja, auch der ungeheuere Erfolg der französischen Kodifikation hat schließlich keinen staatlichen, sondern lediglich einen socialen Rückstand hinterlassen. Soweit Deutsche noch am Code hängen, wirkt in ihrer Seele jenes Gefühl stürmischer Begeisterung nach, mit welchem man einst das Gesetzbuch der Revolution als Besiegelung des Unterganges der ständischen Ordnung, als Verkündigung der neuen socialen Freiheit und Gleichheit begrüßte. Die nationale und staatliche Gesinnung wird hierdurch nicht mehr beirrt. Und ähnlich verhält es sich in anderen Ländern, die den Code ganz oder teilweise recipiert haben. Die Kodifikation des Privatrechtes für eine große Nation ist also in der Hauptsache keine politische, sondern eine sociale Angelegenheit. Und gerade darum ist hier die äußere Einheit nicht ein alle inhaltlichen Bedenken niederschmetterndes Gebot der Notwendigkeit, sondern empfängt ihre Rechtfertigung erst aus dem inneren Werte dessen, was an die Stelle der Mannigfaltigkeit treten soll. Wer hier mit seinem

Gewissen paktiert, nur damit „etwas zu stande komme", versündigt sich am Leben seinen Volkes.

Wie steht es denn nun zur Zeit mit unserer deutschen Rechtseinheit? Zweifellos befindet sich zuvörderst unser Reich im Besitze desjenigen einheitlichen Rechtes, dessen es zur eigenen kraftvollen Lebensentfaltung notwendig bedarf. Darüber hinaus hat es die wünschenswerte Einheit auf zahlreichen Gebieten des öffentlichen Rechtes hergestellt. Wir haben ein einheitliches Strafrecht, eine einheitliche Gerichtsverfassung, einen einheitlichen peinlichen wie bürgerlichen Prozeß, ein einheitliches Konkursrecht. In bedeutendem Umfange vollzieht sich unser öffentliches Leben nach einem einheitlichen Verwaltungsrecht, das sich tief auch in die einzelstaatlichen Organismen einsenkt. Aber auch ein umfassendes, lebensfrohes, segenspendendes einheitliches Privatrecht breitet sich über das Reichsgebiet aus. Das gesamte Handels-, See- und Wechselrecht ist einheitlich gestaltet; das Recht der geistigen Arbeit, das Urheberrecht, das Erfinderrecht ist reichsgesetzlich geregelt; die einheitliche Normierung des Gewerberechtes und vieler einzelner Zweige des Verkehrsrechtes greift machtvoll in das Privatrecht ein; ein vielgestaltiges Genossenschaftsleben bewegt sich in reichsgesetzlichen Formen; schon stehen die Grundmauern einer großartigen socialpolitischen Gesetzgebung, welche ein neues einheitliches Recht der Lohnarbeit schaffen soll. Und dieses unser bisheriges Reichsprivatrecht ist im großen und ganzen ein wahrhaft deutsches und wahrhaft modernes Recht; es ist kein Erzeugnis romanistischer Doktrin, sondern geboren aus dem Geiste unseres Volkes und unserer Zeit; es ist in demjenigen Maße volkstümlich, in welchem dies dem Bedürfnis der von ihm ergriffenen Volkskreise entspricht, und will nicht bloß von gelehrten Juristen, sondern von den Genossen der beteiligten Berufsstände verstanden und gehandhabt sein; es ist reich, fast überreich an schöpferischen Gedanken; es hat sich mehr und mehr vom abstrakten Individualismus abgekehrt und mit Gemeinschaftsgeist erfüllt, auf daß es die zwischen Individualrecht und Socialrecht aufgethane Kluft überbrücke und die Sphäre des Einzelnen und der Allgemeinheit, ohne ihre Sonderung aufzuheben, von neuem organisch verknüpfe.

Dieser Fülle von einheitlichem deutschen Recht gegenüber besteht bei uns bis heute eine vielleicht noch größere Fülle von mehr oder minder ungleichartigem Partikularrecht. Umfangreiche Gebiete des öffentlichen Rechtes sind den Einzelstaaten überlassen. Vor allem aber entbehrt der größte Teil des deutschen Privatrechtes wenn schon

durchaus nicht aller inneren, so doch der äußeren Einheit. Daß auch in Zukunft der Fortbestand von Rechtsverschiedenheiten zum Teil notwendig, zum Teil mindestens wünschenswert ist, wird von niemand bestritten. Gerade in Ansehung des Privatrechtes geht der Entwurf selbst von der Voraussetzung aus, daß ganze Zweige desselben nach wie vor ausschließlich durch Landesrecht geregelt werden sollen. Dagegen ist seit langer Zeit die Sehnsucht nach einer einheitlichen Ausgestaltung der Grundlagen des Privatrechtes in der Nation lebendig. Und nach der Wiedererstehung von Kaiser und Reich erschien es fast als selbstverständlich, daß der neuen Gesamtstaatsgewalt nun auch die Aufgabe zugefallen war, ein deutsches bürgerliches Gesetzbuch zu schaffen. Gewiß ein hohes Ziel, des Schweißes der Edelsten wert! Ein Ziel jedoch, dessen Erreichung für viele andere Seiten unseres Volkslebens unendlich bedeutungsvoller sein wird als für die Entfaltung unserer staatlichen Einheit. Mit der staatlichen Einheit haben wir das lange schmerzlich entbehrte, vollkräftige Mittel gewonnen, die Einheit des Privatrechtes herzustellen und durchzuführen. Nimmermehr aber dürfen wir dieses Verhältnis umkehren und die Unifikation des Privatrechtes als ein Mittel für politische Zwecke behandeln. Unser jugendkräftiges Reich bedarf zum Glück keiner Stärkung durch Vergewaltigung des Rechtslebens. Wollte es gleichwohl solche Wege beschreiten, so wäre dies wahrlich eine überaus kurzsichtige Politik! Man erwäge nur einmal genau, was besten Falles die Reichsgewalt an reellem Gewinn davontragen würde. Hält man sich an den gegenwärtigen Entwurf, so stellt sich das Facit geradezu auf Null. Denn der Entwurf vermeidet, wie wir noch sehen werden, mit peinlicher Ängstlichkeit die Gebiete, auf denen sich das Privatrecht mit dem öffentlichen Recht berührt; er sucht die Empfindlichkeit der Einzelstaatsgewalten mit zartester Rücksicht zu schonen; und wo irgend nur einer privatrechtlichen Frage ein blasser Schimmer von politischer Farbe anhaftet, überläßt er die Entscheidung dem Landesrecht. Würde aber auch dem Reiche gegeben, was ihm gebührt, so könnte doch der für das Reich erzielte kleine Machtzuwachs kaum ernsthaft ins Gewicht fallen, wenn die andere Wagschale mit der Einbuße belastet würde, die das öffentliche Leben durch eine Trübung des Rechtsbewußtseins erlitte. Anders freilich verhält es sich mit dem ideellen Gewinn, den eine gesetzgeberische That von so gewaltiger Bedeutung dem Reiche zu bringen vermag. Denn was immer an Heil und Segen aus Reichsrecht strömt, muß den Reichsgedanken stärken und mehren. Allein in dieser Hinsicht hängt der Erfolg eben nicht am

einfachen Daß, sondern am Wie der Kodifikation! Daß das Reich die Macht hat, auch für unser Familienleben und unser Eigentum uns beliebige Normen aufzuzwingen, empfindet wohl heute jeder Deutsche mit hinreichender Deutlichkeit; weder dem Fürstensohn, der sein altes Hausrecht bisher für unantastbar hielt, noch dem Bauern im entlegensten Gebirgsthal, der einst an eine Wandlung des Brauches der Väter nicht zu glauben vermochte, braucht es gegenwärtig noch ad oculos demonstriert zu werden, daß die Reichsgesetzgebung dies alles wegschwemmen kann. Aber wenn die Zweifel an der Allmacht des Gesetzgebers verstummen, so regen sich um so leichter die Zweifel an seiner Weisheit. Auch das bürgerliche Gesetzbuch wird von der Nation nicht unbesehen als die beste unter den möglichen Weltschöpfungen hingenommen werden. Zunächst mögen vorübergehende Stimmungen und voreilige Urteile überwiegen. Verrauschen wird der Jubel, mit dem man die Erfüllung des alten Herzenswunsches begrüßen wird. Schwinden wird auch das Mißbehagen, welches notwendig in der Übergangszeit sich einstellen muß, bis man des liebgewordenen Alten sich entwöhnt und in das Neue sich eingelebt hat. Dann aber kommt die Zeit der beruhigten Empfindung und der unbefangenen Erwägung. Und wie, wenn es nun, nach Jahrzehnten vielleicht, sich offenbaren sollte, daß das deutsche Volk Schaden genommen hat an seinem Rechte? Wird dann der Reichsgedanke, falls er einer Kräftigung bedürfen sollte, sie in den Gefühlen einer in ihrem Rechtsbewußtsein verwundeten Volksseele finden?

Stellen wir uns vor, der Entwurf sei zum Gesetz erhoben, und vergegenwärtigen wir uns die Folgen.

Wird das deutsche Recht dem ihm zugedachten Todesstoße erliegen? Nimmermehr! Ist es doch auch an den Wunden nicht verblutet, die ihm einstmals die Reception schlug. Es hat sogar aus dem „gemeinen Recht" dieses „deutschen" Gesetzbuches nicht verbannt werden können, sondern erfüllt darin fast das ganze Familienrecht, einen großen Teil des Sachenrechtes, wichtige Stücke des Obligationenrechtes und Erbrechtes, einige Sätze des allgemeinen Teils. Verkümmert freilich, zerstückelt, in die Pandektenschablone eingepreßt. Allein es atmet doch und birgt im tiefsten seinen unsterblichen Genius, der oftmals schon über Verstümmelung und Zwang gesiegt hat, die sein edler Leib erfuhr. Und vor allem lebt es außerhalb dieses Gesetzbuches in allem Reichs- und Landesrecht, welches als „Sonderrecht" ausgeschlossen ward, unversehrt, frei und groß, in voller Kraft und Eigenart fort. Ja, es lebt! Aber wiederum muß es, wie in

den ersten Jahrhunderten nach der Reception, Schritt für Schritt um sein Dasein kämpfen. Für das „deutsche" Gesetzbuch, den deutschen Juristen, das ordentliche deutsche Gericht ist es wiederum in der eigenen Heimat nur ein geduldeter Eindringling, ein Recht zweiten Ranges, ein zusammenhangloser Haufe zeitgemäßer Modifikationen des wahren, ewigen, weltumspannenden römischen Rechtes. Römisches Recht deckt sich wieder mit gemeinem Recht, deutsches Recht mit Sonderrecht in mancherlei Sinn. Für die Länder des gemeinen Rechtes ist damit freilich nur der nach Ansicht unserer meisten Pandektisten bisher geltende Rechtszustand ausdrücklich fixiert. Ein Zustand aber, der doch in der Wirklichkeit vielfach bereits überwunden, in der Theorie bestritten, in der Praxis verwandelt war. Alle diese Ansätze einer prinzipiellen Wiederanerkennung des deutschen Rechtsgedankens sind nun zugleich mit so manchen ehrwürdigen Resten seiner einstigen Herrschaft hinweggefegt, die Entwickelung eines halben Jahrhunderts ist zurückrevidiert. In den Gebieten des Preußischen Landrechtes und des französischen Rechtes liegt die Sache schlimmer. Denn wenn hier von den beiden großen Gesetzbüchern auf eine freilich sehr verschiedenartige Weise eine Verschmelzung nicht bloß des römischen und des germanischen Rechtsstoffes, sondern auch der römischen und der germanischen Rechtsidee zu stande gebracht worden war, so ist nunmehr dieser Vorgang annulliert, der ehemalige Zwiespalt wieder auferweckt, die Herrschaft des römischen Rechtes unter Verweisung des deutschen Rechtes in den usus modernus und mancherlei Singularrechte restauriert. Zwei Dritteile des deutschen Volkes, die für immer von der Fremdherrschaft befreit zu sein glaubten, sind mit *einem* Schlage in die alte Dienstbarkeit zurückgeschleudert. Dies alles aber vollbrachte das wiedererstandene Deutsche Reich, als es das seit Jahrhunderten ersehnte „deutsche" Gesetzbuch schuf. Eine sonderbare Ironie der Weltgeschichte! Einst griffen wir zum römischen Rechte, weil wir bei dem Zerfalle unseres Reiches der starken deutschen Macht entbehrten, die ein einheitliches deutsches Recht, wie wir dessen bedurften, hätte schaffen und schirmen mögen. Und nun, da der vom Staate verlassene deutsche Rechtsgedanke aus eigener Kraft sich wieder erhoben hatte und in der Wissenschaft und im Leben seine Schwingen zu entfalten begann, war es die endlich errungene starke Macht des Reiches, die ihn unter das römische Joch zurückzwang!

Überlebt das deutsche Recht den Tag der deutschen Rechtseinheit, so kann auch das Recht dem *Volke* nicht ganz entfremdet werden. Hier und da wird sich das volkstümliche Rechtsbewußtsein mit dem

Inhalte dieses Gesetzbuches berühren. Vor allem aber fließt wiederum außerhalb des Gesetzbuches ein breiter Strom volkstümlichen Gesetzes- und Gewohnheitsrechtes, der zwar vornehmlich die Gefilde des öffentlichen Rechtes durchflutet, jedoch mit zahlreichen Armen auch das Gebiet des Privatrechtes befruchtend durcheilt. Allein soweit das gemeine bürgerliche Recht reicht, hat das Juristenrecht endgültig über das Volksrecht triumphiert. In allen Rechtsverhältnissen, die den Einzelnen am nächsten angehen, die von der Wiege bis zum Grabe ihn umspinnen, die an das Heiligste der Persönlichkeit heranreichen, ist das Juristenrecht nur souverän. Was es nach der Reception vergeblich erstrebte und selbst in den Zeiten der tiefsten Erniedrigung unseres Volkslebens nicht völlig durchzusetzen vermochte, das ist ihm wie eine reife Frucht in den Schoß gefallen, nachdem unser Volkstum den großartigsten Aufschwung genommen hat. Das bürgerliche Gesetzbuch redet freilich nicht mehr lateinisch. Aber es redet auch nicht die deutsche Volkssprache, sondern ein abstraktes Juristendeutsch, das der „Laie" kaum viel besser als das Latein des Corpus juris versteht, — der Mann aus dem Volke vielleicht überhaupt nicht, der gebildete Laie nicht ohne den Beistand eines Eingeweihten. Hat er sich aber zum Verständnis durchgerungen, so stößt er auf einen Inhalt, der meist ihn fremdartig anmutet, oft ihn unbefriedigt läßt, nicht selten geradezu seinem Rechtsgefühl widerspricht. Wieder wird er sich vom Juristen die Ausdeutung des eigentlichen „Geistes" dieser Rechtsordnung, auf welchen ja gleich der § 1 des Gesetzbuches jeden Zweifler hinweist, zu erbitten haben. Nun wird er von der entschlossenen Durchführung grundlegender juristischer Prinzipien, von den Erfordernissen eines geläuterten juristischen Denkens, von juristischer Konstruktion und juristischer Konsequenz hören; er wird belehrt werden, daß das Gesetzbuch „nach Möglichkeit" den Bedürfnissen des Lebens, den nationalen Anschauungen, dem volkstümlichen Brauche Rechnung trägt, — daß aber eben manches, was an sich schön und gut wäre, juristisch unmöglich — „unkonstruierbar" — ist; er wird erfahren, daß, mag auch diese Rechtsordnung für den Laien da sein, doch ihr „Geist" stets ein dem beschränkten Laienverstande verschlossenes Mysterium bleibt, welches sich nur dem in der romanistischen Jurisprudenz geschulten Auge entschleiert. Kopfschüttelnd wird er sich abwenden. Vielleicht richten sich nun weitere und engere Volkskreise, da ihnen das Gesetzbuch Steine statt Brotes reicht, ihr Leben selbständig nach alter oder neuer Gewohnheit ein. So geschah es ja doch, seitdem das offizielle Recht lateinisch sprach. Wenn

aber ehemals solche Volkssitte hoffen konnte, sich zu Gewohnheitsrecht zu verdichten und als solches langsam zu Richterstühlen und Lehrstühlen emporzusteigen, so entbehrt sie jetzt dieser Aussicht. Das Gewohnheitsrecht ist „abgeschafft". Auch wo das Gesetzbuch Lücken zeigt, hat der Richter nicht das Rechtsbewußtsein der beteiligten Kreise zu befragen, nicht in den Strom des Volkslebens einzutauchen, sondern lediglich den eigenen „Geist" des Gesetzbuches anzurufen! In der That! Was die gelehrten Juristen des 16. und 17. Jahrhunderts umsonst erstrebten, nun ist es erreicht. Das Juristenrecht herrscht ohne jeden Nebenbuhler. Allein auf sich selbst gestellt, von jeder Beschränkung durch das Volksrecht befreit, kann es sich in strahlender Reinheit entfalten. Mag immerhin das Volksrecht sich thatsächlich nicht ausrotten lassen: vor den Gerichten ist es kein Recht; hier kann es höchstens einmal als ein faktischer Brauch Beachtung finden, der die vornehm abgeschlossene Begriffswelt der civilistischen Jurisprudenz nicht weiter turbiert. Die Wege der gelehrten Rechtserzeugung und der volkstümlichen Rechtsbildung sind für immer geschieden, und zwischen dem juristischen Denken und dem Volksrechtsbewußtsein gähnt von nun an eine Kluft, über welche keine Brücke mehr führt.

Schließlich hat das Gesetzbuch, da es das deutsche Recht nicht zu beseitigen vermochte, auch den socialen Charakter unseres Privatrechtes nicht ausgetilgt. Denn das ist vielleicht der innerste Gegensatz zwischen dem römischen und dem germanischen Privatrecht, daß der Gedanke der Gemeinschaft aus jenem verbannt ist, dieses durchdringt. Allein wenn irgendwo, so tritt es nun hier zu Tage, daß eben echtes deutsches Recht nur noch als reichs- und landesgesetzliches Sonderrecht lebt, während das gemeine Recht römisch geworden ist bis hinein in den Grund seines Herzens. Und aus dem gemeinen Recht zieht doch die Privatrechtswissenschaft ihre geistige Nahrung, aus ihm bildet die civilistische Theorie ihre Begriffe, an ihm mißt die Praxis der ordentlichen Gerichte die bunten Vorgänge des Lebens, von ihm empfängt die Jugend im Rechtsunterricht den Kern und die Richtung des juristischen Denkens. Was ist die Folge? Zum unheilbaren Riß erweitert sich der leider bisher schon tief genug eingesenkte Zwiespalt, der zwischen den Gedankenkreisen unserer Privatrechtsjurisprudenz und unserer öffentlichen Verwaltung besteht. Hineingebannt in die doktrinäre Schablone des abstrakten Individualismus, verliert der dem Privatrecht zugewandte Teil des Juristenstandes die letzte Fühlung mit dem öffentlichen Recht. Die stolze deutsche Civilrechtswissenschaft, die Lehrmeisterin der Völker, spinnt sich enger und

enger in das Netz ihrer Schulbegriffe ein; statt eines frischen, befreienden Verjüngungsbades empfängt sie nur einen Antrieb, in orthodoxer Starrheit das überlieferte Dogma mit den alten Mitteln der Pandektenlogik zu schirmen und zu entfalten. Die ordentlichen Gerichte, stark in der dialektischen Kunst und geübt in der Auslegung von Gesetzesparagraphen wie in der Zergliederung des Rechtsverkehrs, entbehren doch des sicheren Verständnisses und der lebendigen Überzeugung, sobald sie ihr Beruf über die Grenzen des reinen Individualrechtes hinausführt. Können sie klagen, wenn mehr und mehr alle Fragen nicht bloß des reinen öffentlichen Rechtes, sondern auch jener an Umfang und Bedeutung stets wachsenden Zwischengebiete, auf denen privatrechtliche und öffentlichrechtliche Elemente sich im Socialrecht zusammenfinden, ihrer Zuständigkeit entzogen werden? Was immer aber innerhalb solcher Schranken die Privatrechtsjurisprudenz Tüchtiges leisten mag: der vorwärts eilende Strom des geschichtlichen Lebens braust nur von ferne an ihr Ohr, und an allem, was unsere moderne Gesellschaft im Innersten bewegt, hat sie keinen Teil. Mit vornehmer Geringschätzung blicken von der anderen Seite her die Träger der öffentlichen Verwaltung und somit ein Bruchteil des Juristenstandes selbst auf den berufsmäßigen Betrieb des Privatrechtes herab. Eine bedenkliche, Unheil drohende Gesinnung! Denn allzuleicht nur kehrt sich die Opposition, welche gegen das „privatrechtliche" Denken eifert, gegen den Rechtsgedanken selbst und gefährdet den festen schirmenden Wall, den in die Brandung des öffentlichen Lebens das öffentliche Recht hineinstellt. Und so wird das kostbare Erbe germanischer Vorzeit, die innere Einheit von Privatrecht und öffentlichem Recht, nicht mehr sicher behütet. Schon einmal schien es ja, als müßten wir, um nur die unentbehrliche Sonderung durchzuführen, den germanischen Gedanken für immer preisgeben. Nachdem wir aber mit römischer Hülfe den Gegensatz voll und scharf verwirklicht und nun einen glücklichen Anfang gemacht hatten, ihn dennoch in einer höheren Einheit zu versöhnen, glaubten wir endgültig uns selbst wiedergefunden zu haben. Es war der Tag der deutschen Rechtseinheit, der auch hier von neuem das in Frage gestellt hat, was an unserem Rechtsleben deutsch war!

Vielleicht haben wir zu schwarz gemalt. Das Verdienst läge nicht am Gesetzbuch, sondern an der unverwüstlichen Kraft unseres Volkstums, der gegenüber wir die Macht der Gesetzgebung überschätzt hätten. Allein es ist sehr zu fürchten, daß nur der überaus langsame Gang der von einer Wandlung der Privatrechtsordnung ausgehenden

Einwirkungen auf das Volksleben einen minder ungünstigen Erfolg vortäuschen würde. Denn nicht das lebende Geschlecht wird sein Verschulden verbüßen. An späten Nachkommen erst rächt das unerbittliche Gottesgericht die Sünden der Väter. Darin gerade liegt die Schwere der Verantwortung, die wir mit einer geschichtlichen That von solcher Fernwirkung übernehmen sollen.

Der Verfasser dieser Zeilen ist Germanist. Kein Zweifel also, daß man aus der Befangenheit für das deutsche, aus der Voreingenommenheit wider das römische Recht seinen Widerspruch gegen den Entwurf erklären wird. In der That! Wer sollte noch eintreten für unser deutsches Recht, wenn der Germanist schwiege? Allein keineswegs betrifft die Entscheidung, welche bevorsteht, den alten Schulstreit der Germanisten und Romanisten. Er hat längst seine ursprüngliche Bedeutung verloren. Der einsichtige Germanist verkennt nicht mehr den unvergänglichen Wert des Durchganges unserer Rechtsgeschichte durch das römische Recht und identifiziert nicht mehr das deutsche Recht mit seiner mittelalterlichen Erscheinungsform. Der verständige Romanist erblickt nicht mehr im Corpus juris die alle Zeiten und Völker bindende Rechtsoffenbarung und bestreitet nicht mehr Befugnis und Kraft der Gegenwart zu selbständiger Rechtsschöpfung. Eine lange, ernste Geistesarbeit hat zwar den Gegensatz noch nicht auszugleichen vermocht, aber doch in beiden Lagern das Bewußtsein erweckt, daß man voneinander zu lernen hat und sich gegenseitig ergänzen soll. So werden denn auch, während vielleicht mancher vom Glanz der formalen Schönheit des römischen Rechtes geblendete Germanist mit einem leisen Seufzer resigniert, nicht wenige Romanisten, die auch als Juristen in erster Linie deutsch empfinden, zu den Gegnern des Entwurfes stehen. Gleichwohl liegt unleugbar in der durch die Art unseres Rechtsstudiums bedingten romanistischen Denkgewöhnung der Mehrzahl unserer gemeinrechtlichen und zum Teil selbst der landrechtlichen und rheinischen Juristen eine Gefahr, daß unserer Juristenstand im ganzen der Widerstandskraft gegen die geplante Romanisierung unseres Privatrechtes, ja der vollen Einsicht in das undeutsche Wesen dieses Entwurfes entbehre. Und kurzsichtig zwar, aber nur allzu begreiflich wäre ein nicht ablehnendes Verhalten des Juristenstandes gegen einen Gesetzesvorschlag, der ihn von jeder unbequemen Schranke seiner Herrschaft über das Rechtsleben befreien und zum alleinigen Träger des nationalen Rechtsbewußtseins erhöhen will.

Handelt es sich denn aber lediglich oder auch nur vorzugsweise

um einen häuslichen Streit der Juristen? Steht nicht ein nationaler Besitz auf dem Spiel, an welchem alle Stände und alle Klassen des Volkes teilhaben? Ist die Umwälzung unserer gesamten deutschen Privatrechtsordnung ein Ereignis, bei welchem das deutsche Volk nur die Rolle des Zuschauers zu spielen hätte?

Ein nationaler Aufschwung ohnegleichen hat sich vollzogen. In Macht und Herrlichkeit waltet das Deutsche Reich. Stolz pflegen wir deutsche Sprache und deutsche Sitte. Wir erfreuen uns an deutscher Kunst und erfüllen die Wissenschaft mit deutschem Geist. Selbst in der Wirtschaft haben wir uns dem blassen Weltbürgertum abgekehrt und bekennen wieder deutsche Farbe. Ein günstiges Geschick fügt es, daß in diese große Zeit auch die Herstellung der deutschen Rechtseinheit durch ein bürgerliches Gesetzbuch fällt. Was für ein Recht werden wir erhalten? Sicherlich ein durch und durch deutsches Recht? Ein Recht, das jeder Deutsche im fernsten Erdenwinkel mit dem gleichen Stolze das seine nennt, mit dem der Franzose von seinem Code spricht? Ein freies, lebendiges, schöpferisches Recht, das aller zukünftigen Gesetzgebung zum leuchtenden Vorbild dient und Völker ohne originären Rechtstrieb zur Nachbildung reizt? Weit gefehlt! Man sinnt uns ein Gesetzbuch an, mehr römisch als deutsch, dem eigenen Volke ein mit sieben Siegeln verschlossenes Buch, dem Auslande ein warnendes Beispiel! Fast erscheint es wie eine Unmöglichkeit, daß die deutsche Nation, wenn wirklich ihr Juristenstand ihr dieses Joch aufzuerlegen unternähme, ihren Nacken beugen sollte. Ließe sie heute geduldig solches über sich ergehen, so stünde ihr keiner jener Entschuldigungsgründe zur Seite, die sie in der Receptionszeit anführen konnte. Man müßte denn etwa die Ausflucht gelten lassen, daß eine Kodifikation nun einmal zu stande kommen müsse, die übrigen neueren Kodifikationen aber nicht viel besser seien. Allein ist nicht das Preußische Landrecht ein deutsches Gesetzbuch? Und hat nicht diese älteste Kodifikation des neueren Europa vor nunmehr fast einem Jahrhundert uns ein Werk vor Augen gestellt, welches mit allen Mängeln seiner Zeit behaftet ist, aber an deutschem, volkstümlichem, schöpferischem, socialem Geist diesen Entwurf turmhoch überragt? Haben nicht sogar kleine deutsche Volkssplitter in einzelnen Schweizer Kantonen die Aufgabe der deutschen Volksgesetzgebung trefflich gelöst? Sollen wir nun vielmehr den romanischen Nationen und ihrer Gefolgschaft nachhinken? Oder soll die Begeisterung für das sächsische bürgerliche Gesetzbuch, das sich am ehesten als geistesverwandtes Vorbild des Entwurfes bezeichnen läßt, unser ganzes

Volk mit sich fortreißen? Wenn einst unsere Enkel mit uns ins Gericht gehen, werden sie schwerlich die Berufung auf schlechte Beispiele gelten lassen. Sie werden meinen, im Besitze jenes Reiches, wie es am Schlusse des neunzehnten Jahrhunderts dastand, habe das deutsche Volk die Pflicht und die Kraft gehabt, endlich einmal auch in der Rechtsschöpfung nur seinem eigenen Genius zu folgen. Es wird sie bedünken, dieses Reich, wenn es ein deutsches Gesetzbuch gab, habe die weltgeschichtliche Größe der Stunde begreifen und die Aufgabe in ihrem einzigartigen, unvergleichlichen Wesen, in ihrer so nie dagewesenen und nie wiederkehrenden Bedeutung erfassen und lösen müssen. Und sie werden das Werk, welches wir ihnen hinterlassen, daran messen, ob wir auf der Höhe des nationalen Lebens, auf welcher wir es schufen, unser Bestes, Eigenstes, Innerstes hineingaben.

Das deutsche Recht ist in Gefahr. Sehe die Nation, daß es nicht Schaden nehme!

Vorstehende Zeilen wurden unter dem unmittelbaren Eindruck der Veröffentlichung des Entwurfes niedergeschrieben. Sie werden hier unverändert wieder abgedruckt. Vielleicht würde ich, nachdem inzwischen mehr als Jahresfrist verflossen ist, jetzt manches in der Form anders sagen. In der Sache habe ich nichts zurückzunehmen. Daß ich herben Tadel erfahren würde, habe ich vorausgesehen[1]). Nicht bloß die unbedingten Bewunderer des Entwurfes, sondern alle, die ihn im ganzen für annehmbar, obschon im einzelnen für verbesserungsbedürftig halten, müssen selbstverständlich das hier vom Geiste desselben entworfene Bild als ein Zerrbild betrachten. Wer der Mei-

[1]) Vgl. z. B. den Aufsatz in der Nationalzeitung Jahrg. 1888 Nr. 501 und 503, der mir „immer wiederholte Schlagwörter“, „Übertreibung und Ungerechtigkeit“, „Leidenschaftlichkeit“ vorwirft; dazu nur gar 1889 Nr. 332. Ferner E. Schwartz a. a. O. S. 186—187; Opitz S. 11—12; Neumann, in den Beitr. z. Erläut. des deutsch. R. Bd. 32 S. 873—877, Bd. 33 S. 93—97; zum Teil auch Klöppel ebenda Bd. 33 S. 64—70. Ob ich die Äußerungen von Leske S. IV über „die Kritik, die diktiert wird von dem Geiste, der stets verneint“ auf mich zu beziehen habe, weiß ich nicht. Im voraus verurteilt sind Beurteilungen wie die meinige von Bierhaus a. a. O. S. 81—82. Die zahlreichen Äußerungen in der Presse und den Arbeiten einzelner Praktiker, wonach in den Kritiken des Entwurfes ein Gegensatz zwischen der wohlwollenden Haltung der Praktiker und der grundsätzlichen Opposition einiger Theoretiker zu Tage träte (vgl. z. B. Schwartz a. a. O. S. 187, Heinsheimer in der Zeitschr. f. französ. Civilr. Bd. 19 S. 381 ff., v. Meibom, Arch. f. d. c. Pr. Bd. 74 S. 337), treffen natürlich auch meine Beurteilung; vgl. gegen diese Unwahrheit Ring a. a. O. S. 231—232, Leitartikel der Kreuzzeitung 1889 Nr. 259.

nung ist, trotz aller Mängel müsse das mühsam hergestellte Werk mit größeren oder geringeren Abänderungen zum Gesetzbuch erhoben werden, weil sonst die Erringung der deutschen Rechtseinheit in unabsehbare Ferne rücke, für dieses unvergleichlich hohe Gut aber kein Opfer zu schwer sei, wird mindestens geneigt sein, die gegen den Geist des Entwurfes gerichteten Angriffe für übertrieben, die an den Gesetzgeber gestellten Anforderungen für überspannt zu erklären [1]). Auch mancher aber, der den Entwurf in seiner gegenwärtigen Gestalt gleich mir verwirft und nur von dessen gründlicher Umschmelzung wirkliches Heil erwartet, hätte gerade um dieses Zieles willen eine vorsichtigere und kühlere Aussprache gewünscht, damit nicht die große Masse der Juristen, deren Denkgewöhnung vielfach mehr zu den Grundanschauungen des Entwurfes als zu dem hier vertretenen Standpunkte hindrängt, von vornherein vor den Kopf gestoßen werde. Vorwürfe wie Ratschläge habe ich gewissenhaft erwogen. Allein ich fand es unmöglich, auch nur in der Form zu ändern. Den Schein, als stände ich nicht voll und ganz zu meinem Bekenntnis, will ich nicht auf mich laden. Und zuletzt dient doch wohl jeder am besten der Sache, wenn er seine innerste Überzeugung rücksichtslos und so, wie es ihm ums Herz ist, ausspricht. Bedürfte es einer Ermutigung zum Verharren, so ist sie mir im reichsten Maße zu teil geworden. Denn ungleich kräftiger, als ich bei meiner ersten Meinungsäußerung zu hoffen wagte, hat sich der Geist des deutschen Rechtes schon jetzt gegen den Geist des Entwurfes erhoben. Werden die Stimmen nicht bloß gezählt, sondern gewogen, so scheint die dringendste Gefahr bereits abgewandt zu sein. Nicht in allen Punkten erfreue ich mich der Zustimmung derer, welche ein gleiches oder ähnliches Endurteil fällen. Im Kern aber ist die Einigkeit größer, als bei der Verschiedenheit der Ausgangspunkte und der Begründungen der äußere Anschein lehrt.

Es ist die Aufgabe der folgenden Abschnitte, die vorangeschickten allgemeinen Behauptungen über den Geist des geplanten Gesetzbuches zu erhärten und gegen abweichende Auffassungen zu verteidigen. An dieser Stelle jedoch sei eine kurze Überschau über den Stand der Urteile eingeschoben, welche inzwischen bezüglich der Gesamthaltung

[1]) So meint auch Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 462, meine Kritik werde hier und da dadurch ungerecht, daß sie von der Kodifikation vieles verlange, was sie unter allen Umständen nicht leisten könne. Häufig kehrt die Mahnung wieder, zu beachten, daß das Bessere der Feind des Guten sei. Indes gründet sich meine Beurteilung von vornherein auf den Satz, daß der Entwurf nicht „annäherungsweise“ die ihm gestellte Aufgabe löst.

des Entwurfes veröffentlicht worden sind. Hierbei beschränke ich mich darauf, die Ergebnisse für die Kritik als solche zu verzeichnen. Denn von den sehr ungleichartigen Schlußfolgerungen, welche daraus für die ferneren Schicksale des Entwurfes gezogen werden, soll der letzte Abschnitt reden.

Daß der Entwurf der Volkstümlichkeit ermangelt, wird kaum bestritten. In dieser Hinsicht gehen die Ansichten eigentlich nur darüber auseinander, inwieweit in einem modernen Gesetzbuch Volkstümlichkeit überhaupt erstrebenswert und möglich ist. Allein selbst diejenigen, welche unter den heutigen Verhältnissen ein echtes Volksrecht für eine Utopie halten, stellen nur selten die Behauptung auf, daß der Entwurf das immerhin erforderliche Maß von Gemeinverständlichkeit annähernd erreicht habe [1]). Am entschiedensten und mit eingehendster Begründung tritt Zitelmann für das von den Verfassern des Entwurfes angestrebte Ideal in die Schranken; allein obwohl er ausdrücklich betont, das Gesetzbuch müsse, um „abstrakt, genau, vollständig" zu sein, notwendig „schwerverständlich, wenig anschaulich, unvolkstümlich" ausfallen, und obwohl er bei der Revision der Vorlage vor allem auf eine noch festere Vorausbestimmung aller denkbaren rechtlichen Vorkommnisse durch die Gesetzesformel hinarbeiten will, so meint doch auch er, es „hätte der Entwurf gewiß durchsichtiger, verständlicher, volkstümlicher sprechen können, als er es wirklich gethan hat" [2]). Die meisten Beurteiler erblicken mit uns in dem Versuch, mit den Mitteln einer künstlichen Technik und folgerichtigen Systematik den Reichtum des Lebens in eine Anzahl erschöpfender Formeln bannen zu wollen, vielmehr einen verhängnisvollen Mißgriff des Entwurfes. Sie tadeln daher das doktrinäre, schablonenhafte, lehrbuchartige Wesen dieses Gesetzbuches. Vielfach wird die Meinung ausgesprochen, daß die äußere Fassung sogar dem Juristen das Verständnis unnötig erschwere und insbe-

[1]) Vgl. z. B. Opitz S. 11—12: „Soweit man aber von einem Gesetzbuche Gemeinfaßlichkeit verlangen kann, d. h. eine solche Abfassung, die jedem Gebildeten im Volke verständlich ist, so ist diesem Erfordernisse im wesentlichen durch den Entwurf genügt. Die Sprache des Entwurfes ist durchweg diejenige der Kürze, der Klarheit, der Folgerichtigkeit." Ähnlich Lehmann in den Gutachten S. 97 u. 109, Gebhart ebenda S. 294, Nationalzeitung 1888 Nr. 501, Hachenburg, Annalen der badischen Gerichte Jahrg. 54 S. 335 ff.

[2]) Zitelmann, Heft 8 u. 9 der Beiträge S. 1, 7, 13. Die Berechtigung des von Zitelmann gezeichneten „Idealbildes" eines Gesetzbuches wollen wir im Schlußabschnitt noch prüfen.

sondere bei der Handhabung durch den Amtsrichter ein unüberwindliches Hindernis sicherer und gesunder Rechtsprechung bilden müsse. Zugleich aber wird auf den Zusammenhang von Form und Inhalt hingewiesen und der Vorwurf erhoben, daß der Entwurf seinen begrifflichen Konstruktionen und doktrinären Konsequenzen die Rücksicht auf die Anschauungen und Bedürfnisse des Lebens zum Opfer gebracht und darum das Ziel eines wahrhaft praktischen Rechtes verfehlt habe. Derartige Rügen durchziehen namentlich die ausgezeichnete Kritik von Bähr, obschon derselbe den Verzicht auf eigentliche Volkstümlichkeit des Gesetzbuches für unvermeidlich hält[1]). Ähnlich äußert sich Meischeider[2]). Um so lauter werden die gleichen Mängel von allen beklagt, welche an der Meinung festhalten, daß das Gesetzbuch nicht bloß für die Juristen, sondern für das Volk geschrieben sein müsse und das Seinige beizutragen habe, um die Kluft zwischen Juristenbewußtsein und Volksbewußtsein zu schließen. In diesem Sinne legt Hölder Verwahrung ein wider das unvolkstümliche Wesen des Entwurfes[3]). Scharf geißelt Bekker die wider den Geist echter Volksgesetzgebung begangenen Sünden[4]). Hinsichtlich der Form weist Ludwig Goldschmidt ausführlich nach, wie die Frage, „ob das Recht das Besitztum eines bestimmten Berufsstandes oder das Besitztum des ganzen Volkes sein soll", schon durch die Sprache dieses Gesetzbuches zu Gunsten eines ausschließlichen Juristenrechtes entschieden sein würde[5]). Kurz und bündig spricht Dernburg dem Entwurfe „Volkstümlichkeit und gesunden

[1]) Bähr in der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 323 ff. u. 566 ff.; schärfer in dem Grenzbotenaufsatz S. 10 ff. und jetzt Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 31 S. 369.

[2]) Meischeider, Heft 3 der Beiträge S. 97—99: Volkstümlichkeit sei nicht vorhanden, aber auch heute unerreichbar und, soweit erreichbar, kaum ein Vorteil, höchstens „annehmbares Beiwerk"; immerhin aber sei eine andere Form nötig als die jetzige, die vielfach „Rätsellösen" fordere und ein „Geduld- oder Versteckspiel" erzwinge; die Fassung sei schlechter als die des sächsischen Gesetzbuches; auch sei der Charakter zu lehrbuchartig. — Ähnlich Zróbłowski, Kodifikationsfragen S. 10, 29, 37—40.

[3]) Hölder, Vortrag S. 23 ff., vgl. S. 16 ff.; aber auch schon im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 1 ff.

[4]) Bekker, Heft 2 der Beiträge S. 50 ff. und sonst; er meint, das Gesetzbuch sei nicht volkstümlich und könne dies auch niemals werden (S. 50); es sei, um sein Wesen mit zwei Worten zu bezeichnen, „nicht wissenschaftlich, sondern doktrinär" (S. 67).

[5]) Ludwig Goldschmidt S. 3 und in den Einzelausführungen, die überall statt des anzustrebenden „Volksdeutsch" ein verkünsteltes „Juristendeutsch" als Sprache des Entwurfes aufzeigen.

praktischen Sinn" ab[1]). In eingehenden Ausführungen bekämpft G. Hartmann troß mancher dem Entwurf gespendeten Lobsprüche den in ihm waltenden doktrinären Geist, die Neigung zur einförmigen Schablone, die vollendete formale Abstraktheit, den Mangel an Rücksichtnahme auf die Anforderungen der Billigkeit[2]). Wider den Doktrinarismus und die unvolkstümliche Fassung der vorgeschlagenen Rechtsordnung wenden sich Fischer[3]) und Bernhöft[4]). Bei Gelegenheit der Prüfung einer Einzelfrage hat sich Unger überzeugt, daß im Entwurfe ein doktrinärer und dem Leben abgekehrter Sinn waltet[5]). Die Beschäftigung mit der Besitzlehre des Entwurfes ist für Ihering zum Anlaß geworden, die Mißgriffe aufzudecken, welche durch einen bis zum „leeren Nominalismus" gesteigerten Doktrinarismus, durch unpraktische Schlüsse rein logischer Art, durch abstraktes Generalisieren, durch lehrbuchartige Übergriffe in das Gebiet der Wissenschaft, durch Verstöße wider das lebendige Rechtsgefühl des Volkes und durch Aufstellung juristischer Begriffe, von denen das Volk nicht die mindeste Ahnung hat, hier begangen sind[6]). Wie Beseler, dessen ganzes Leben dem Kampf für deutsches Volksrecht gewidmet war, über diesen Entwurf geurteilt hat, zeigen die an anderer Stelle von mir aus seinen nachgelassenen Papieren mitgeteilten Aufzeichnungen[7]). Doch die Aufzählung dieser Namen genügt[8]). Sollten alle diese Männer sich über das Wesen

[1]) H. Dernburg, Vorrede zur 2. Aufl. des 1. Bandes der Pandekten. Nähere Darlegungen im gleichen Sinne bringt der anonyme Aufsatz „Volksrecht und Juristenrecht" in der Nationalzeitung 1888 Nr. 513 ff.

[2]) G. Hartmann im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 309—407 an vielen Stellen.

[3]) Fischer, Heft 6 der Beiträge S. 2 ff. u. 31—32.

[4]) Bernhöft, Heft 12 der Beiträge S. 1 ff.; er findet den Entwurf doktrinär, lehrbuchartig, unvolkstümlich, besorgt, das Gesetzbuch werde einen „Tummelplatz für gewandte Advokaten" schaffen, und fürchtet sogar, die Kluft zwischen Juristen und Volk werde sich gegenüber dem Zustande unter der Herrschaft des römischen Rechtes erweitern.

[5]) Unger in der Zeitschr. f. Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart Bd. 15 S. 17 ff.

[6]) Ihering, Der Besitzwille, Jena 1889, S. 222, 474, 476, 479, 483, 490, 491, 498, 499, 500, 502—504, 508, 520, 522, 525, 534.

[7]) In dem Aufsatz „Georg Beseler", Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. 10, germ. Abt., S. 22.

[8]) Völlig stimmt mit unserem Urteil das von Dahn überein. Ebenso J. Jastrow, Unser zukünftiges Gesetzbuch, in der Unterhaltungsbeilage der Täglichen Rundschau 1888 Nr. 253 ff. Auch Brückner, Blätter für Rechts-

des Entwurfes täuschen? Man wird bis auf weiteres nicht daran glauben. Dann aber scheint die Thatsache festzustehen, daß der Entwurf nach Form und Inhalt kein lebendiges Volksrecht, sondern abstraktes Juristenrecht, kein freies Gesetzeswerk, sondern ein doktrinäres Schulerzeugnis bietet. Und es kann sich nur fragen, ob wir ein so beschaffenes Gesetzbuch wollen!

Nicht die gleiche Einstimmigkeit waltet hinsichtlich der Stellung des Entwurfes zu römischem und deutschem Recht. Dem von uns erhobenen Vorwurfe eines einseitigen Romanismus werden wohl fast alle berufsmäßigen Vertreter des deutschen Rechtes beipflichten. In vollem Umfange hat ihn Beseler als begründet anerkannt[1]). „Traurige Undeutschheit in Gedankeninhalt und Gedankenausdruck", „durchaus römische Denkweise" und „Abgunst gegen zahlreiche deutschrechtliche vollberechtigte, lebenskräftige, entwicklungsfähige, höchst ersprießliche Rechtsgebilde" machen für Dahn den Entwurf unannehmbar[2]). Bei der Besprechung einzelner Fragen haben Brunner[3]) und Sohm[4]) zu erkennen gegeben, daß sie in der Ablehnung deutschrechtlicher Gedanken einen Hauptfehler dieses Gesetzbuches erblicken[5]). Aber auch Männer, die außerhalb des Gegensatzes der romanistischen und germanistischen Privatrechtswissenschaft stehen, fällen das gleiche Urteil. So erklärt von Lißt das dargebotene Recht für „nichts als römisches Privatrecht", reines Ju-

pflege in Thüringen u. Anhalt Bd. 35 S. 193—235, hat den Eindruck empfangen, daß „nicht ein allgemein verständliches Gesetzbuch, sondern ein für fein gebildete Juristen geschriebenes Lehrbuch" hier geboten werde. Cosack, Heft 13 der Beiträge S. 1, erklärt die Form für unannehmbar. L. Seuffert, Heft 11 der Beiträge S. 2, tadelt bei günstigem Gesamturteil über das Obligationenrecht doch auch hier die „doktrinäre und geschraubte Sprache". A. Menger in Brauns Archiv f. sociale Gesetzgebung und Statistik S. 11 ff. bezeichnet den Entwurf als unvolkstümlich und abstrakt, scholastisch, das Volk der Diskretion der Fachjuristen ausliefernd. Klöppel, Beitr. z. Erläut. des deutsch. Rechts Bd. 33 S. 67—69, findet den Entwurf zu abstrakt und meint, daß derselbe an gesundem praktischen Sinn hinter den großen Kodifikationen der Vergangenheit zurückbleibe. Petersen, Heft 16 der Beiträge S. 8—15, spricht sich vermittelnd aus, erkennt aber an, daß Volkstümlichkeit nicht einmal erstrebt, die erforderliche Gemeinverständlichkeit nicht erreicht ist. Vgl. auch L. Jacobi, Arch. für bürg. Recht Bd. 2 S. 41.

[1]) Beseler sagt in den erwähnten Notizen, der Entwurf verneine das selbständige deutschrechtliche Studium seit Conring und sei einseitig vom romanistischen Standpunkte aus bearbeitet.

[2]) Dahn im „Vorwort"; vgl. unten Neunten Abschnitt.

[3]) Vgl. Brunner, Verh. des 19. Juristentages Bd. 3 S. 39, 41, 302.

[4]) Vgl. Sohm, Die deutsche Genossenschaft (Leipzig 1889) S. 42—43.

[5]) Vgl. auch Laband, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 301.

ristenrecht, in welchem nichts vom Fleisch und Blut unseres Volkes steckt, undeutsch in Form und Gehalt[1]). Ähnliche Äußerungen sind auch anderweit laut geworden[2]). In den Beurteilungen der Praktiker, welche meist die römische oder deutsche Herkunft der Rechtssätze für eine sehr gleichgültige Sache halten, wird doch im Ergebnis oft dem im Entwurfe verschmähten deutschen Rechte der Vorzug gegeben. Auch fehlt es nicht an Romanisten, welche in wichtigen Punkten dem Entwurf gegenüber das nationale Recht bewußt und nachdrücklich verfechten[3]). Von anderer Seite jedoch wird der Behauptung, daß der Entwurf im ganzen zu romanistisch gefärbt sei, energisch widersprochen. Man erwidert, es sei ja eingestandenermaßen eine Fülle deutschen Rechtsstoffes im Entwurfe geborgen[4]). Daß aber der Geist, der alles durchdringt, ein romanistischer sei, wird weniger geleugnet als mit dem Hinweis auf die weltgeschichtliche Bedeutung des römischen Rechts, auf die Meisterschaft der römischen Jurisprudenz und auf die Thatsache der Reception und der seither erfolgten Aneignung des fremden Rechtes gerechtfertigt[5]).

[1]) von Lißt, Heft 5 der Beiträge, bes. S. 1 ff. u. 45; vgl. unten Neunten Abschnitt.

[2]) So z. B. in den anonymen Artikeln der Kreuzzeitung 1888 Nr. 82 ff. — Auch Jastrow a. a. O. rügt das romanistische Wesen des Entwurfes. — Sehr entschieden spricht sich in gleichem Sinne aus: Eugen Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, ein Beitrag zur allgemeinen Rechtspflege und zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889; er weist die Herrschaft romanistischer Vorstellungen im ganzen Sachenrechte des Entwurfes nach und kämpft für die (größtenteils im preußischen Recht verwirklichten) gegenteiligen Gedanken des deutschen Rechts; vgl. namentlich S. 4—7, 60, 79 ff., 89 ff., 113, 153, 154—156. — Ebenso vermißt L. Jacobi, Arch. f. bürg. Recht Bd. 2 S. 41—43 u. 63, die vom römischen Recht befreiende That. — Vgl. auch Klöppel a. a. O. Bd. 33 S. 66—67, 69, 354—360; Tickel, Über das neue bürgerliche Gesetzbuch für Montenegro u. s. w., Berlin 1889, S. 16—21; zum Teil auch Petersen S. 3, 6, 105; ferner Strützki, Verh. des 20. Juristent. Bd. 1 S. 134.

[3]) Vgl. z. B. Eck, Verh. des 19. Juristentages Bd. 2 S. 230 ff., u. Fischer ebenda S. 448. Desgleichen insbesondere Strohal, Jahrb. f. Dogm. Bd. 27 S. 340 u. 427—437.

[4]) So sagt Meischeider S. 96, das germanische Recht herrsche im Entwurfe auf allen Gebieten, auf welchen es sich lebend und lebensfähig erhalten hat. Vgl. auch Nationalzeitung 1888 Nr. 501.

[5]) E. Schwartz a. a. O. S. 186—188 begründet sogar den Ausspruch, daß eher die Romanisten Grund zur Klage über eine zu germanistische Färbung des Entwurfes hätten, mit der Betrachtung, das römische Recht werde eben doch ewig der „magnus doctor“, die „ratio scripta“, das wahre „Vernunftgesetz“ bleiben. Das ist freilich mehr, als was heute noch ein Romanist vertreten möchte!

So meint Zitelmann, das, was von der übermäßig romanisierenden Tendenz des Entwurfes gesprochen werde, das sei „für die Hauptmasse seiner Bestimmungen doch nur Anschüren eines erloschenen Feuers: wir wollen ein deutsches Recht, aber deutsch ist das auch, was die Römer für die ganze Welt erdachten und was unser Volk mit Not und Schmerzen, mit gewaltiger Gedankenarbeit und rastloser Selbsterziehung sich zu echtestem Eigen gemacht hat“ [1]). G. Hartmann, der in zahlreichen Einzelheiten auch solche römische Rechtssätze, welche der Entwurf beseitigen will, gerettet sehen möchte, rechnet es demselben zum Ruhm an, daß er „im großen und ganzen die Anknüpfung an die geistigen Schätze des gemeinen Rechts und damit auch an die juristische Kunst des Altertums festgehalten hat“, und hält den auf eine „specifisch germanische Färbung“ des Gesetzbuches gerichteten Wünschen die Worte entgegen, mit denen Wackernagel die Universalität unserer Stammesanlage und unseres geschichtlichen Berufes einst feierte [2]). Ohne auf einzelnes einzugehen, erklärt Goldschmidt, er teile ungeachtet zahlreicher Bedenken gegen Form und Inhalt doch nicht „die so lebhaft verfochtene Überzeugung, daß der Entwurf im ganzen eine dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart widerstreitende, weil ‚romanisierende‘ Auffassung vertrete“ [3]). Ausführlich bekämpft Bekker die Meinung, daß der Entwurf ein „romanistisches Machwerk“ sei; die Fehler desselben seien vielmehr gerade durch die Abkehr von dem echten Geiste des römischen Rechtes und der römischen Rechtswissenschaft verschuldet; der moderne Gesetzgeber habe die Rechtssätze ohne jede nationale Voreingenommenheit lediglich auf ihre praktische Brauchbarkeit hin zu prüfen, den Aufbau aber des Rechtes nach dem unübertrefflichen römischen Vorbilde zu vollziehen [4]). Wir kommen auf diese und ähnliche grundsätzliche Einwendungen gegen die Forderung eines nationalen Rechtes unten zurück. Hier wollen wir nur darauf hin-

[1]) Zitelmann, Heft 8—9 der Beiträge S. 13. Ihm zustimmend Krech, Heft 14 der Beiträge S. 4.

[2]) G. Hartmann a. a. O. S. 407; dazu S. 339—340 (Vermutung für die Vorzüglichkeit des heutigen römischen Rechts).

[3]) Goldschmidt, System des Handelsrechtes im Grundriß, 2. Aufl. 1889, Vorwort S. 6.

[4]) Bekker, Heft 2 der Beiträge S. 61 ff.; Näheres im Neunten Abschnitt. Zustimmend Bähr, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 31 S. 366—368, der jedoch die Verbildung mancher Lehren durch einseitige Beachtung des römischen Rechts und die Vernachlässigung lebendiger deutschrechtlicher Institute tadelt. Vgl. auch Kühnast, Das Erbrecht des Entw. S. 6—10.

weisen, daß unser Kampf nur zum Teil der im Entwurfe erfolgten Bevorzugung einzelner römischer Rechtssätze vor den Sätzen des heimischen Rechtes gilt. Das Gebiet, auf welchem im Ernste von einer derartigen Wahl die Rede sein kann, ist bei aller Wichtigkeit der Entscheidung immerhin ein begrenztes. Was wir als „Romanismus" bekämpfen, ist in erster Linie der alle Sätze des Entwurfes, römischer wie germanischer Herkunft, durchziehende Geist einer abgestandenen Pandektenjurisprudenz. Jener Geist, der mit dem Rüstzeug gläubig hingenommener juristischer Dogmen, die man aus dem römischen Recht schöpft oder zu schöpfen vermeint, das Leben zu meistern unternimmt! Der sich vermißt, durch logische Ableitung aus abstrakten Begriffen eine lebendige und allumfassende Rechtsordnung zu gebären! Der die selbstgezimmerten „Prinzipien" über die Sache, das folgerichtige „System" über die Zusammenhänge der Wirklichkeit, die juristische Gedankenwelt über die Welt der Realitäten stellt! Wie viel oder wie wenig dieser Geist mit dem echten römischen Recht zu thun hat, ist eine sekundäre Frage. Ihn „romanistisch" zu nennen, berechtigt uns sein geschichtlicher Werdegang und das Gewand, in das er sich noch heute kleidet. Giebt ihm doch denselben Namen ein Mann, der wie kein anderer den „Geist des römischen Rechts" erschaut hat und verehrt: Jhering! In dem Feldzuge, den er vom römischen Recht her gegen den „Romanismus" führt, treten wir ihm vom germanischen Recht her als Bundesgenossen zur Seite. Ja wir wissen uns hier im letzten Ziele mit allen jenen unbefangenen Romanisten einig, welche, mögen sie das ihnen vertraute römische Recht noch so hoch stellen und mit noch so vornehmer Kühle auf das ihnen meist nur in dürftigen Umrissen bekannte germanische Recht herabblicken, doch die besondere Gattung romanistischer „Begriffsjurisprudenz" bekämpfen, die im Entwurfe ihr Spiel treibt.

Am wenigsten Beachtung hat bisher die Stellung des Entwurfes zu der socialen Aufgabe des Privatrechtes gefunden. Soweit indes Urteile darüber laut geworden sind, bestätigen sie unsere Behauptung, daß dieses Gesetzeswerk durchweg aus einer individualistischen, kapitalistischen, gemeinschaftswidrigen Grundanschauung entflossen ist. Die gewichtigsten Einwendungen, welche gegen den Inhalt der vorgeschlagenen Rechtsordnung erhoben werden, enthalten fast sämtlich zugleich den Vorwurf eines Verstoßes wider die socialen und wirtschaftlichen Lebensbedingungen unserer gegenwärtigen und künftigen Kultur. Man vermißt den Schutz des Schwachen gegen den Starken, die Rücksichtnahme auf den kleinen Mann, die

billige Ausgleichung der aus der starren Rechtskonsequenz entspringenden Härten; man beklagt die Übertreibungen des Eigentumsbegriffes, der Vertragsfreiheit, des Formalismus der abstrakten Rechtsgeschäfte und des Grundbuchwesens; man findet, daß einer einförmigen Schablone zuliebe die Verschiedenheit der Berufsarten, der städtischen und ländlichen Verhältnisse, der Besitzformen mißachtet sei; man sieht sich vergeblich nach Bestimmungen um, durch welche innerhalb des Privatrechts der organische Zusammenhang der Menschen und vor allem die in der Gestalt des wirtschaftlichen Unternehmens unser gesamtes Erwerbsleben beherrschende Arbeitsorganisation zur Geltung käme. Die Besprechung der einzelnen Sätze des Entwurfes wird uns Gelegenheit bieten, derartige Urteile zu verzeichnen[1]). In zu-

---

[1]) Nur beispielsweise sei hier auf einige Äußerungen, welche sich gegen die socialpolitische Haltung des Entwurfes im allgemeinen richten, vorläufig hingewiesen. Brunner, Verh. des 19. Juristentages Bd. 3 S. 302, verwirft die Behandlung der Miete und Pacht im Entwurf aus wirtschaftlichen und socialpolitischen Gründen und meint: „Das bürgerliche Gesetzbuch ist von vornherein eine Totgeburt, wenn sein Gesetzgeber nicht mit einem Tropfen socialpolitischen Öles gesalbt war.“ Dazu vgl. bei derselben Frage Eck ebenda Bd. 2 S. 237 ff., Fischer ebenda Bd. 2 S. 433, Petersen ebenda Bd. 3 S. 51 ff. Dernburg, ebenda Bd. 3 S. 56 u. 308, rügt bei Gelegenheit des Kampfes gegen Abschaffung des Vindikationslegates den Mangel ausreichender Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der ärmeren Volksklassen. Klöppel, Beitr. zur Erläut. des deutsch. Rechts, Bd. 32 S. 643 ff., 650 ff. u. 854 ff., wirft dem Entwurf durchweg eine Vernachlässigung der wirtschaftlichen Gesichtspunkte vor und tadelt namentlich die Nichtbeachtung der rechtlichen Bedeutung des wirtschaftlichen Unternehmens; vgl. dazu Bd. 33 S. 69 u. 357. Schilling S. 16 vermißt im Obligationenrecht „die Vertiefung in das innere Wesen der wirtschaftlichen Neubildungen sowie die Erkenntnis der dadurch der Gesetzgebung gestellten Aufgaben“. Mataja, Archiv f. bürg. R. I S. 267 ff., findet das Schadenersatzrecht des Entwurfes unvereinbar mit den socialpolitischen Bestrebungen der Gegenwart. Vgl. auch Ring ebenda S. 193. Löwenfeld, Gutachten S. 922 ff., hält die Ordnung des Dienstvertrages im Entwurfe für einen Ausfluß der „modernen Manchesterlehre“. Kausen, ebenda S. 856, vermißt die Rücksicht auf den kleinen Mann. Vgl. auch Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit S. 4, 84, 113; L. Jacobi a. a. O. S. 43—45; zum Teil auch Petersen, Heft 16 der Beiträge S. 2 ff. u. 105. In vielen Punkten treffen die Ausstellungen von Bähr den individualistischen und kapitalistischen Standpunkt des Entwurfes; vgl. besonders seine Bemerkungen über den Geist des Schuldrechtes S. 567—568. Auch die Abhandlung von G. Hartmann, Das Civilgesetzbuch, das Äquitätsprinzip und die Richterstellung, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 309—407, berührt sich in ihrer Aufdeckung der Unbilligkeiten und formalistischen Übertreibungen des Entwurfes mannigfach mit den gegen dessen sociale Haltung gerichteten Angriffen (vgl. besonders S. 353 ff., 357, 369, 370). Für durchweg individualistisch und kapitalistisch erklären die oben erwähnten

sammenfassender Übersicht habe ich an anderer Stelle mit dem Versuch einer Skizzierung der socialen Aufgabe des heutigen Privatrechts die Darlegung verbunden, wie wenig der Entwurf diese hohe Aufgabe erfaßt, geschweige denn gelöst hat[1]). Unter solchen Umständen ist es nicht verwunderlich, wenn Anton Menger, der in einer Besprechung, in welcher er sich zum „Anwalt der Enterbten" aufwirft, das vorgeschlagene neue Privatrecht vom Standpunkte der besitzlosen Volksklassen zu beurteilen unternommen hat, nur allzu reichen Stoff für die Begründung der von ihm erhobenen Anklage findet, daß der Entwurf grundsätzlich nur für die oberen Gesellschaftsschichten sorge und dem Arbeiterstande die gebührende Rücksicht versage[2]). Mengers Kritik ist nun freilich nicht unbefangen: sie geht von der einseitigen Betonung eines Klasseninteresses aus und läßt überall die socialistische Grundanschauung des Verfassers durchblicken, der nur vorläufig eine auf Privateigentum, Vertragsfreiheit und Erbrecht gebaute Rechtsordnung hinnimmt, während ihm als Zukunftsideal ein rein socialistisches Rechtssystem vorschwebt. Allein trotzdem zeigt das Bild, das er von der thatsächlichen Beschaffenheit des Entwurfes zeichnet, leider eine Fülle wahrer Züge. Wird es der subjektiven Zuthaten entkleidet, so spiegelt es im wesentlichen den Eindruck wieder, den die Vertreter sehr abweichender Richtungen empfangen haben[3]). Und

---

Artikel in der Kreuzzeitung das neue Gesetzbuch. Aber auch die gleichfalls schon erwähnten Artikel der Nationalzeitung über „Volksrecht und Juristenrecht" rügen den Mangel an Fürsorge für den kleinen Mann und die Freigabe der Ausbeutung von Unerfahrenheit und Leichtsinn. — Wenn demgegenüber Krech S. 3 ff. dem Entwurfe „strengste Neutralität" in allen wirtschaftlichen und socialen Fragen nachrühmt und von einem „reinen Privatrecht" ohne „tendenziösen Beigeschmack" das Heil der Zukunft erwartet, so ist dies eben der Ausdruck des vollen Manchestertums!

[1]) „Die sociale Aufgabe des Privatrechts", Vortrag gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Wien am 5. April 1889, Berlin 1889.

[2]) A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, in Brauns Archiv für sociale Gesetzgebung und Statistik, Jahrg. 2 (Tüb. 1889) S. 1 ff.

[3]) Menger führt zutreffend aus, der Entwurf bedeute hinsichtlich der Fürsorge für die Armen und Schwachen einen Rückschritt hinter das österreichische Gesetzbuch und vor allem hinter das Preußische Landrecht (S. 9); ihm fehle der Blick auf die Zukunft und die schöpferische Kraft (S. 10—11); er sei unvolkstümlich und liefere das Volk der Diskretion der Fachjuristen aus (S. 11 ff.); trotz der Durchführung abstrakter Gleichheit schaffe er, indem er Ungleiches gleich behandle, die schlimmste Ungleichheit (S. 20); stets betrachte er die Dinge mit den Augen des Besitzenden, setze genaue Rechtskenntnis und Erfahrenheit in Geschäften bei jedermann voraus und versperre dem Armen den unmittelbaren Zutritt

sicherlich haben gerade die Freunde der gegenwärtigen Gesellschaftsordnung, welche mit uns den Umsturz der Grundmauern des Privatrechtes zu Gunsten einer socialistischen Zwangsordnung als Rückfall in Unfreiheit und Barbarei verabscheuen, den triftigsten Anlaß, solche gegen das innerste Wesen des Entwurfes erhobenen Anklagen zu beachten und gewissenhaft zu prüfen. Denn sollten sie sich auch nur teilweise als begründet herausstellen, so würde dieses Gesetzbuch dasselbe Privatrecht, dem es durch die Erhöhung zu einem souveränen System abstrakter Sätze einen ewigen Bestand sichern möchte, in Wirklichkeit untergraben und damit furchtbare Gefahren für unsere gesamte Kultur heraufbeschwören.

Daß endlich der Entwurf schöpferisch sei, ist ihm bisher wohl von keiner Seite nachgerühmt worden[1]). In dieser Hinsicht dreht sich der Meinungsstreit nur um die Frage, welche Anforderungen an eine neue Privatrechtskodifikation zu stellen sind. Wer der Meinung ist, daß sich das deutsche Gesetzbuch mit der Redaktion einer gereinigten Auflage der Pandektenlehre zu begnügen habe, wird im Entwurf eher zu viel an Neuerungen entdecken. Wer dagegen ein Privatrecht fordert, das aus dem Geiste unseres Volkes und unserer Zeit geboren sei, vermag eine bittere Enttäuschung über den Mangel wahrhaft schöpferischer Kraft in diesem ganzen Gesetzeswerk mit Einschluß seiner Neuerungen nicht zu verbergen.

---

zu der Rechtsordnung und die Aussicht auf Gerechtigkeit (S. 13 ff.); während er die Vermögensinteressen genau und ausführlich regele, ordne er mit auffälliger Kürze und Unzulänglichkeit gerade die für die mittellosen und auf die persönliche Arbeitskraft angewiesenen Klassen wichtigsten Rechtsinstitute (S. 40). — Völlig verkehrt ist, von den mitunterlaufenden Übertreibungen abgesehen, die Vorstellung Mengers, als beruhe dies alles auf bewußter Tendenz oder volksfeindlichen Absichten! Wir haben schon oben betont, daß vielmehr der Mangel jeder socialen Absicht unwillkürlich solche Früchte gezeitigt hat.

[1]) Hierüber neuestens Petersen, Heft 16 der Beiträge S. 2—8; er entschuldigt den Mangel an schöpferischen Gedanken mit der eigentümlichen Lage der deutschen Kodifikation, fordert aber doch eine minder ängstliche Anlehnung an das Bestehende und eine größere Berücksichtigung wirtschaftlicher und socialpolitischer Erwägungen.

Zweiter Abschnitt.

Sprache und Fassung des Entwurfes[1]).

Daß über Wesen und Wirken eines Gesetzbuches vor allem seine Sprache entscheidet, ist eine alte Erfahrung. Wenn auf irgend einem Gebiet, so erweist sich auf dem Rechtsgebiet der sprachliche Ausdruck nicht bloß als das Kleid, sondern als die wahre Leiblichkeit des Gedankens. Wollen wir daher wissen, wes Geistes Kind der Entwurf ist, so haben wir zuvörderst seine Sprache zu befragen.

Die Kommission hat offenbar dem sprachlichen Ausdruck ihre besondere Sorgfalt zugewandt. Sie hat sich in erster Linie bemüht, eine feste und möglichst eindeutige Terminologie zu schaffen und festzuhalten; soweit es ausführbar war, sind dieselben Wörter und Wortverbindungen immer in dem gleichen Sinne und für denselben Begriff stets die gleichen Wörter und Wortverbindungen gebraucht. Hierbei hat sie regelmäßig Wörtern deutscher Herkunft vor Fremdwörtern den Vorzug gegeben. Sodann hat sie wenigstens insofern nach Kürze gestrebt, als sie nach Möglichkeit sich der Aufstellung bloß belehrender Sätze enthalten und ebenso jede eigentliche Kasuistik vermieden hat. Im übrigen hat sie weniger auf Knappheit, als auf Genauigkeit des Ausdruckes gesehen. Sie hat versucht, die Rechtssätze so zu formulieren, daß sie alles Unbestimmte und Dehnbare verlieren und keinerlei Zweifeln mehr Raum lassen, insbesondere schon dem Wortlaut nach jeden denkbaren Fall, den sie mitumspannen

[1]) Vgl. seitdem: Bekker, System und Sprache des Entwurfs, Heft 1 der Beiträge. Ludwig Goldschmidt a. a. O. Heft 1: Die formalen Mängel des Entwurfs. Petersen, Heft 16 der Beiträge S. 8—15. — Einzelne Bemerkungen über Sprachliches und Redaktionelles finden sich natürlich in jeder auf den Entwurf bezüglichen Arbeit.

sollen, einschließen und jeden anderen Fall ausschließen. Als das freilich unerreichbare Ideal scheint ihr die Erhebung des Rechtssatzes auf die Stufe der mathematischen Formel vorgeschwebt zu haben.

Mancherlei Vorzüge sind so erreicht. Allein trotz und zum Teil gerade wegen derselben ist die Sprache des Entwurfes nicht die Sprache, welche einem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch ziemt. Sie ist, wie schon bemerkt wurde, ein abstraktes Juristendeutsch, mehr Übersetzung als Urbild, unvolkstümlich und oft für den Laien vollkommen unverständlich; sie entbehrt der Kraft und Tiefe, der sinnlichen Anschaulichkeit und der überzeugenden Beredsamkeit; sie artet vielfach ins Doktrinäre, Pedantische, Verkünstelte und dann wieder ins Triviale, Seichte, Schleppende aus. Mit Bekümmernis muß es gesagt werden, daß niemals noch ein großes Gesetzbuch so gänzlich den Ton der Volksgesetzgebung verfehlt hat. Das Preußische Landrecht mit aller seiner Lehrhaftigkeit und Breite redet doch ein schlichtes und eindringliches Deutsch. Die vielbewunderte Klarheit und Präcision des französischen Gesetzbuches deckt auch dann, wenn die darüber geglaubten Fabeln in Abzug gebracht werden, manche Mängel seiner Redaktion. Auch das österreichische Gesetzbuch weiß für seinen etwas dürftigen Inhalt eine angemessene sprachliche Form zu finden. Vielleicht wird man einwenden, daß zur Zeit dieser Kodifikationen eine einfachere und volkstümlichere Fassung der Rechtssätze ausführbar gewesen sei, als sie sich mit den gesteigerten Anforderungen der fortgeschrittenen Wissenschaft und der heutigen Gesetzestechnik vertrage. Allein selbst hinter seinem eigenen Vorbild, dem sächsischen Gesetzbuch, bleibt der Entwurf in sprachlicher Hinsicht zurück. Und fast beschämend wirkt ein Vergleich der Fassung des Entwurfes mit der des zürichschen Gesetzbuches oder des schweizerischen Obligationenrechtes.

Was zunächst die Terminologie betrifft, so ist das Bestreben nach eindeutigen technischen Ausdrücken an sich gewiß zu billigen. Mitunter hätte sogar der Entwurf diesen Grundsatz strenger befolgen sollen, als er es gethan. So ist z. B. kein Grund einzusehen, warum er das Wort „Gesetz", das er in § 1—2 nur für die staatlich gesetzte Rechtsnorm braucht, zugleich im weiteren Sinne für jede Rechtsnorm verwendet; insbesondere hätte er doch in den zahlreichen Fällen, in denen er auf die „Landesgesetze" verweist, besser auf das „Landesrecht" verwiesen und so eine durch das Vorbild der Reichsprozeßgesetze keineswegs entschuldigte Zweideutigkeit vermieden, zu deren Behebung eine besondere Bestimmung des Einführungs-

gesetzes in Aussicht gestellt wird (Motive I S. 2)[1]). Allein im ganzen sündigt er weniger durch Verabsäumung als durch Überspannung seiner Maxime. Denn vielfach verführt ihn die Sucht, einen künstlich abgegrenzten Begriffsinhalt in starre termini technici zu bannen und durch deren eintönige Wiederholung sicher zu bezeichnen, zu unerträglicher Pedanterie des Ausdruckes[2]).

So führt er den von allen bisherigen Gesetzbüchern für entbehrlich gehaltenen Gattungsnamen des „einseitigen Rechtsgeschäftes, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß es gegenüber einem Beteiligten vorgenommen wird" als terminus technicus ein. Diese zusammenfassende Bezeichnung für Rechtshandlungen, wie Kündigung, Mahnung, Leistungsanerbieten, Anfechtung u. s. w. (vgl. den Katalog der Motive I S. 139), begegnet aber nicht etwa in einer allgemeinen Theorie der Rechtsgeschäfte, sondern tritt in zahlreichen Einzelbestimmungen (vgl. z. B. §§ 66, 122, 126, 127, 1304) hinter oder neben den Verträgen oder aber als Unterart der einseitigen Rechtsgeschäfte auf. Der wenig anmutige Ausdruck stört hier fast überall das Verständnis; den ohnehin nicht sehr geschmackvollen Abs. 1 des § 127 macht er völlig ungenießbar. Und doch hätte meist der einfache Ausdruck „einseitiges Rechtsgeschäft" den gleichen Dienst geleistet, da schon der Zusammenhang ergiebt, daß die betreffenden Vorschriften nur anwendbar sein können, wenn die Wirksamkeit des Geschäftes erfordert, daß dem Handelnden eine andere Person gegenübersteht. Im übrigen hätte allenfalls eine allgemeine Bestimmung über derartige Rechtsgeschäfte das Nötige anordnen können[3]).

Man greife ferner probeweise die Bestimmungen der §§ 237—244 über „Unmöglichkeit der Leistung und Folgen der Nichtleistung" heraus und erwäge, wieviel zu ihrer Schwerfälligkeit die Wiederholung der im Grunde völlig nichtssagenden technischen Redewendung beiträgt, der zufolge der Schuldner befreit oder nicht befreit wird,

---

[1]) Andere Beispiele der Mehrdeutigkeit eines technischen Ausdrucks bei L. Goldschmidt S. 23—28; Beispiele des willkürlichen Wechsels im Ausdruck für denselben Begriff ebenda S. 29—38.

[2]) Vgl. auch L. Goldschmidt S. 15—16 u. 44; Zródłowski S. 38.

[3]) Gegen die neue Kategorie Bekker S. 37—38, Schilling S. 36; für dieselbe Zitelmann S. 22 ff., der aber einerseits „den schleppenden und wenig bezeichnenden Ausdruck des Entwurfes" und andererseits die Einmischung des Begriffes der „Einseitigkeit" verwirft und die Einführung der Unterscheidung „empfangsbedürftiger" und „nichtempfangsbedürftiger" Willenserklärungen vorschlägt (vgl. seine Neufassung S. 169).

je nachdem die Unmöglichkeit „infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes" oder „infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes" eingetreten ist. Wie verzwickt gestaltet sich z. B. durch die Anlehnung an diese Terminologie die Fassung des § 239, welcher dem Schuldner die Beweislast auferlegt! Oder des § 241, welcher den einfachen Satz ausspricht, daß der Schuldner auch hier entschuldbaren Irrtum nicht zu vertreten hat! Freilich leiden diese Bestimmungen über Unmöglichkeit der Leistung auch sonst an überflüssigen Subtilitäten und Distinktionen. Gleich in § 237 wird durch die Einführung des Unterschiedes zeitweiliger und dauernder Unmöglichkeit in Absatz 1 und durch die Absonderung und demnächst vollzogene Gleichsetzung des schuldnerischen Unvermögens zur Leistung „eines in sich bestimmten Gegenstandes" in Abs. 2 kaum ein Bedürfnis befriedigt, wohl aber das Verständnis aufs äußerste erschwert. Daß den Schuldner zeitweilige Unmöglichkeit nur zeitweilig und dauernde dauernd befreit, hätte keiner besonderen Hervorhebung bedurft. Was aber die Vorschrift des Abs. 2 angeht, so ergiebt erst ein Studium der Pandektenlehrbücher, daß dieselbe auf die sogenannte „subjektive" oder „relative" Unmöglichkeit gemünzt ist, ohne daß sie doch ihrem Wortlaut nach Fälle der „objektiven" Unmöglichkeit ausschließt. Und durchaus nicht wird es dem gesunden Sinne einleuchten, daß nun diese subjektive Unmöglichkeit keine „Unmöglichkeit" im Rechtssinne mehr sein soll. Denn wenn der Schuldner zu leisten „außer stande" ist, so ist doch die Leistung für ihn „unmöglich". Unter allen Umständen hätte man das, was man sagen wollte, auf eine viel einfachere Weise gemeinverständlich ausdrücken können[1]).

Ein noch schlimmeres Beispiel der Sprachverderbnis, mit welcher uns die sklavische Abhängigkeit des Entwurfes von seinen eigenen Kunstausdrücken bedroht, bietet die Lehre von „Besitz" und „Inhabung". Hier ist jedoch die Terminologie von Hause aus schon im Gedanken verfehlt und entspringt einer dem deutschen Rechtsbewußtsein Hohn sprechenden Begriffsbildung, bei welcher die romanisierende Tendenz des Entwurfes gewissermaßen das römische Recht selbst übertrumpft. „Besitz" soll von nun an nur der Sachbesitz mit dem animus domini, also der „juristische Besitz" der Doktrin, genannt werden. Dem Erfolge nach wird freilich ein Sachbesitz ohne

[1]) Über die redaktionellen Mängel der Bestimmungen über Unmöglichkeit der Leistung vgl. auch Laband, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 195—199, L. Goldschmidt S. 85 Anm. 3, S. 123—124 u. 171.

Eigentumswillen im weitesten Umfange und selbst beim Pächter und Mieter anerkannt. Allein jeder derartige Besitz ist in der Gesetzessprache kein Besitz mehr, nicht einmal „abgeleiteter Besitz", sondern bloße „Inhabung". Wer immer kraft eines noch so umfassenden und dauernden Rechtes ein Gut in „Nutz und Gewere" hat, darf den Namen des „Besitzers" sich nicht mehr anmaßen. Zugleich aber erfährt er vom Gesetzbuch, daß er überhaupt an der Sache Herrschaftsrechte nicht „für sich", sondern lediglich für den Eigentümer ausübt. Denn durchweg wird ihm der „Besitzwille" abgesprochen und in schroffem Widerspruch mit unserer deutschen Rechtsgeschichte und Lebensgestaltung die Absicht zugeschrieben, die Gewalt über die Sache „für einen anderen" auszuüben. Als wenn ein Nießbraucher oder Erbpächter, ein Faustpfandgläubiger und nicht minder ein Pächter oder Mieter die thatsächliche Gewalt über die Sache bloß dem Eigentümer zuliebe und nicht in erster Linie behufs Ausübung seines Rechtes und also „für sich" handhabte! Neben dem Sachbesitz soll es einen „Rechtsbesitz" überhaupt nicht mehr geben. Dem Erfolge nach wird freilich nach dem Vorbilde der Römer wenigstens ein Servitutenbesitz anerkannt. Allein wiederum wird auch diesem Besitz der Name des „Besitzes" verweigert. Da man ihn jedoch auch nicht wohl „Inhabung" taufen kann, so läßt man ihn namenlos und begnügt sich mit der Verweisung auf die „entsprechende Anwendung" gewisser Bestimmungen über Inhabung und Besitzschutz. Mag dann die Jurisprudenz aus dem Geist des Gesetzbuches heraus sich entscheiden, ob sie den Begriff des „Quasibesitzes" aufwärmen oder vielleicht den neuen Begriff der „Quasiinhabung" entdecken will. Nun aber lese man zuvörderst den Abschnitt „Besitz und Inhabung" (B. III A. 2 § 797—825) und ermesse das Unheil, das schon hier diese Terminologie hervorbringt, sobald die „Inhabung" ohne gleichzeitigen „Besitz" auftritt oder dem „Besitz" gegenübertritt. Wer deutsch denkt und spricht und nicht in der Lage oder nicht willens ist, die zu Grunde liegenden römischen Gedanken und lateinischen Ausdrücke zur Erläuterung heranzuziehen, wird schon über die Beschreibung der traditio brevi manu in § 804 und des constitutum possessorium in § 805 stolpern. Er wird bei der Übersetzung der römischen Regel über Fortbestand des Besitzes an Grundstücken im Falle sofortiger Wiederbeseitigung der Besitzentsetzung nach erlangter Kenntnis in § 812 und bei der Bestimmung des § 813 sich weidlich darüber den Kopf zerbrechen, wer hier in jedem Falle der für oder wider den „Besitzer" handelnde „Inhaber" sein mag, und hierbei vielleicht auf einen

Gutsverwalter, schwerlich aber zugleich auf einen Nießbraucher oder Pächter verfallen. Hat er hierüber Klarheit erlangt und sich ganz mit dem Bewußtsein durchdrungen, daß eben jeder mit einer noch so großen Fülle von Rechten ausgestattete Inhaber einer Sache bis zu dem Augenblick, wo er sich Eigentum an ihr anmaßt, „die thatsächliche Gewalt" für irgend einen „Besitzer" und nicht für sich ausübt, so wird er durch § 814 ff. in ein neues Staunen versetzt. Denn nun erfährt er, daß doch schon die Inhabung als solche gegen jede Entziehung oder Störung geschützt wird und ein selbständiges Recht gewährt, verbotene Eigenmacht mit Gewalt abzuwehren und durch sofortige Wiederherstellung der Inhabung unschädlich zu machen, auch durch gerichtliche Klage die Wiedereinräumung der entzogenen Inhabung und die Beseitigung von Störungen durchzusetzen. Ja er hört, daß diese Rechte dem „Inhaber" auch gegenüber demjenigen zustehen, „für welchen er die Sache innehat" (§ 815 Abs. 4), während der „Besitz" ohne „Inhabung" an sich nicht die gleichen Rechte giebt und nur in zweiter Linie schließlich trotzdem ebenfalls mit den Klagen aus Entziehung oder Störung der „Inhabung" ausgerüstet wird (§ 821 Abs. 1). Sein Staunen aber wächst, wenn er in § 822—824 liest, daß die Klage, die auf der Inhabung beruht, „Besitzklage" heißt und im „Besitzprozeß" durchgeführt wird, daß man also ohne „Besitz" und „Besitzwillen" doch eine „Besitzklage" zu erheben vermag! Inzwischen hat er nebenbei vernommen, daß, während ein abgesonderter „Besitz" an Sachteilen unmöglich ist (§ 798 Abs. 2), gewisse Vorschriften über „Inhabung" Anwendung finden, wenn jemand nur einen Sachteil und insbesondere eine Wohnung „innehat" (§ 816). Er ist sogar belehrt worden, daß zwischen den Besitzer und den Inhaber sich noch ein „anderer" einschieben kann, „welcher für den Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache ausübt", für welchen aber die „Inhabung" der „Inhaber" „hat", und daß dann „dieser andere" auch, ohne „Besitzer" zu sein, des Besitzschutzes genießt (§ 821 Abs. 2). Ob er auch diese Arten von Sachherrschaft technisch als „Inhabung" zu bezeichnen hat, wird ihm nicht gesagt. Bei dem Mietsbesitz an einem Wohnraum wird er sich hierzu unschwer entschließen, wennschon er dadurch gegen den Sachbegriff des Entwurfes verstößt. Kann er aber im Falle des § 821 Abs. 2 z. B. dem Nießbraucher eines verpachteten Gutes hinter der „Inhabung" des Pächters noch eine „Inhabung" zuschreiben? Vielleicht ist er, nachdem ihm das ihn anfangs erschreckende Wort „Inhabung" so häufig (in dem einen Absatz des

§ 818 nicht weniger als sechsmal) begegnet ist, gegen dessen ursprünglichen Sinn genügend abgestumpft, um dieses Kunststück fertig zu bringen; die Motive stellen ihm dafür den Ausdruck „Oberinhabung“ zu Gebote. Dann gelingt ihm vielleicht auch die in § 979 vorgeschriebene „entsprechende Anwendung“ der §§ 814—815 und 818 bis 824 auf Grunddienstbarkeiten, ohne daß er den Bereich der „Inhabung“ überschreitet und in die überwundene Vorstellung eines „Rechtsbesitzes“ zurückfällt. Jedenfalls besitzt er nun den Schlüssel für die Lehre vom „Eigentumsanspruch“ (auf deutsch „von der rei vindicatio, actio negatoria und actio Publiciana“) in den §§ 929—945; er weiß, warum der erste dieser Paragraphen lautet: „Der Eigentümer hat gegen den Besitzer den Anspruch auf Herausgabe der Sache. Der Anspruch findet auch gegen den Inhaber statt“; er durchschaut die subtilen Gründe, aus denen dann „Besitzer“ und „Inhaber“ in den §§ 930, 934—936, 938, 942—943 nebeneinander genannt, dagegen in den §§ 931—933 hinsichtlich der Wirkungen des bösen Glaubens kunstvoll unterschieden werden, während in den §§ 937, 939 und 945 überhaupt nur der „Besitzer“ und in § 940 nur der „Inhaber“ auftritt; er findet sich auch bei der „entsprechenden Anwendung“ einzelner Sätze vom Eigentumsanspruch im Falle der Beeinträchtigung von Erbbaurechten (§ 964), Dienstbarkeiten (§§ 979, 1017 und 1018) und Reallasten (§ 1055) zwischen „Besitz“ und „Inhabung“ zurecht. Ist er aber glücklich bis hierher gelangt, so ist doch zu fürchten, daß ihm schließlich dennoch der Faden der Geduld reißt. Denn noch hat er die feinste Blüte der neuen Terminologie nicht zu Gesicht bekommen. Noch weiß er nicht, daß durch § 803 Abs. 1, welcher den Vorgang der Einräumung des „Besitzes“ seitens des bisherigen „Besitzers“ und der Ergreifung des „Besitzes“ durch einen nunmehrigen „Besitzer“ als „Übergabe“ bezeichnet, auch das Wort „Übergabe“ für die vom Eigentumsbesitzer vollzogene Übertragung des Eigentumsbesitzes monopolisiert ist. So aber will es wirklich die künftige Gesetzessprache. Die Übergabe zur Nutznießung oder zum Faustpfande ist keine „Übergabe“ mehr, sondern führt den schönen Namen „Einräumung und Ergreifung der Inhabung“ (§§ 983, 1147; vgl. §§ 1214, 1216 u. s. w.). Ja die Übergabe zum Eigentumsbesitz, welche der bisherige Eigentümer einer Sache behufs Eigentumsübertragung vornimmt, ist dann, wenn der veräußernde Eigentümer (etwa infolge Unkenntnis seines Eigentumes) nur Inhaber und nicht Besitzer war, keine „Übergabe“; vielmehr handelt es sich dann um eine Prozedur,

bei welcher „er dem Erwerber die Inhabung einräumt und dieser den Besitz ergreift", — eine Prozedur, durch welche indes glücklicherweise „die Übergabe ersetzt wird" (§ 874 Abs. 2). Diese Finesse des künftigen Juristendeutsch, die der Entwurf nur in § 459 nicht ganz treu beachtet hat, übersteigt wahrlich jedes erträgliche Maß. Hier muß jedem, dem der Sinn für die Unterscheidung von Gesundem und Ungesundem nicht völlig abhanden gekommen ist, die Verderblichkeit der ganzen Richtung einleuchten[1]).

Zuletzt mag noch ein Beispiel aus dem Familienrecht die Entstellung der Gesetzessprache durch die terminologische Pedanterie des Entwurfes erhärten. Der Entwurf konstruiert — ob in sachlich angemessener Weise, werden wir später zu prüfen haben — an Stelle der „väterlichen Gewalt" eine „elterliche Gewalt", welche zwar zunächst ausschließlich dem Vater, nach seinem Tode aber der Mutter zusteht (§§ 1501 ff.). Diese „elterliche Gewalt" ist also verschieden vom gemeinschaftlichen Elternrecht; sie gebührt in jedem Augenblick nur entweder dem Vater oder der Mutter. Der Entwurf bildet nun „für den Elternteil, welchem sie zusteht" den technischen Ausdruck „Inhaber der elterlichen Gewalt" (§ 1502). Und in der ganzen Lehre von den Rechtsverhältnissen zwischen Eltern und Kindern verschwinden dann, soweit es angeht, „Vater" und „Mutter" vor dem geschlechtslosen „Inhaber der elterlichen Gewalt". In einem Abschnitt also, in welchem man eine volkstümliche Sprache für besonders wünschenswert halten sollte, sucht der Entwurf die Ausdrücke „Vater" und „Mutter" gerade um ihrer Volkstümlichkeit willen möglichst zu vermeiden und durch ein blutleeres Abstraktum zu ersetzen. Für den Geist des künftigen deutschen Gesetzbuches ist diese Verdrängung von „Vater" und „Mutter" leider nur zu bezeichnend. Den deutschen Vätern und Müttern aber, welche nicht

---

[1]) Die Bestimmungen des Entwurfes über Besitz und Inhabung sind bereits der Gegenstand besonders eingehender Kritiken geworden, welche mit seltener Einstimmigkeit die vorgeschlagene Ordnung ablehnen. Da wir auf den Inhalt der letzteren später zurückkommen, beschränken wir uns hier auf die Bemerkung, daß alle Beurteiler in erster Linie die Terminologie des Entwurfes in dieser Lehre für verfehlt erklären und das im Text Gesagte mannigfach ergänzen. Vgl. namentlich Bähr S. 481 ff.; Ihering, Besitzwille S. 470 ff.; Wendt, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 135 ff.; Cosack, Heft 13 der Beiträge S. 8 ff.; Reatz, Gutachten S. 747 ff., bes. S. 770; auch Meischeider S. 76 ff. (speciell S. 90 über § 874 Abs. 2); endlich L. Goldschmidt S. 131—143, der unter allen Abschnitten des Entwurfes den über Besitz und Inhabung als „am meisten vom Doktrinarismus angekränkelt" bezeichnet.

Jurisprudenz studiert haben, muß dringend abgeraten werden, in diesem Gesetzbuche Belehrung über ihre Rechte und Pflichten gegen ihre Kinder zu suchen. Es wäre ein hoffnungsloses Bemühen. Denn wenn ihnen überall „der Inhaber der elterlichen Gewalt" entgegenstarrt, so ist dieser Ausdruck nur das Centrum eines juristischen Kauderwelsch, das aus dem gleichen Geiste geboren ist und vielfach selbst dem Juristen erst nach angestrengtem Studium seinen geheimen Sinn offenbart. Auf einzelnes ist an dieser Stelle nicht einzugehen. Wer die Probe machen will, dem seien vorläufig die §§ 1503, 1523—1527, 1532—1533, 1541, 1554—1555 zur Lektüre empfohlen, unter denen wohl dem § 1532 die Palme gebührt, welcher dem Inhaber der elterlichen Gewalt an dem seiner Verwaltung entzogenen, jedoch der elterlichen Nutznießung unterliegenden Kindesvermögen die eigene Ausübung dieser Nutznießung abspricht und nun die prachtvolle Redewendung bringt, daß die Nutznießung „für Rechnung des Inhabers der elterlichen Gewalt von dem Kinde durch den für die Vermögensverwaltung desselben berufenen gesetzlichen Vertreter auszuüben" ist[1])! Und warum nun diese in keinem Gesetzbuch bisher erhörte Verkünstelung und Verschnörkelung der Gesetzessprache? Warum hat man denn nicht zuerst die Rechte und Pflichten des Vaters normiert und sodann hinzugefügt, was davon bei seinem Tode auf die Mutter übergeht oder bei seiner Verhinderung von der Mutter zu verwalten ist? Die erzielte Vereinfachung erweist sich ja doch schnell als bloßer Schein. Auch hat man die Einschiebung besonderer Bestimmungen über „die elterliche Gewalt der Mutter" (§§ 1538—1543) schließlich nicht einmal vermeiden können. Es läßt sich in der That für das Verfahren des Entwurfes kein irgend triftiger Grund entdecken, sobald nicht der folgerichtig durchgeführte Formalismus einer ausgeklügelten Terminologie über das Bedürfnis des sachlich angemessenen und leicht faßlichen sprachlichen Ausdruckes gestellt wird.

Die angeführten Beispiele lassen zum Teil bereits erkennen, wohin bei der Wahl der einzelnen Kunstausdrücke die Neigungen des Entwurfes gehen. Überall entscheidet er sich für möglichst blasse, unlebendige, abstrakte Ausdrücke. Die Wörter auf „ung" erfreuen sich seiner besonderen Gunst und treten oft gehäuft auf. So haben wir die „Einräumung und Ergreifung der Inhabung" schon kennen gelernt. Anderswo begegnen wir der „Schließung eines Vertrages"

[1]) Über diesen § 1532 vgl. auch Bekker S. 52—53.

(§§ 77, 80 u. s. w.), der „Unterbrechung mittels Beantragung einer Vollstreckungshandlung" (§ 173), der „Erlassung" der Todeserklärung oder des Ausschlußurteils (§§ 20, 1123, 1124, 1327, 1703, 1704) und dem „Zeitpunkt der Erlassung der Todeserklärung" (§ 1235), dem Recht auf „Beziehung" einer Leibrente (§ 1027) oder von Nutzungen (§ 1214) u. s. w. Um die Verantwortlichkeit für sorgfältige Amtsführung auszusprechen, bedarf es der umständlichen Wendung: „Der Vormund sowie der Gegenvormund haftet in Ansehung der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen für die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" (§ 1696 Abs. 1). Eine Neuerung von zweifelhaftem Wert ist ferner die Einführung des Ausdruckes „Geschäftsfähigkeit" statt „Handlungsfähigkeit", so daß nun Kinder (oder vielmehr in der Sprache des Entwurfes „Personen, welche im Kindesalter stehen") und Geisteskranke als „geschäftsunfähige Personen", Minderjährige über sieben Jahre, entmündigte Verschwender und gewisse andere Klassen von Bevormundeten als „Personen, welche in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind" zusammengefaßt werden (§§ 64—71). Das Erfordernis der „Geschäftsfähigkeit" nimmt sich z. B. bei der Eheschließung (§§ 1231 u. 1232) nicht gerade geschmackvoll aus. Unter allen Umständen aber wird durch die erbarmungslos wiederkehrende Verwendung dieser abstrakten Kunstausdrücke anstatt konkreterer Bezeichnungen die Gesetzessprache aller Anschaulichkeit und Lebendigkeit beraubt. Man sehnt sich förmlich nach „Kindern und Geisteskranken" statt der „geschäftsunfähigen Personen" und meint namentlich, daß vielfach statt der „Personen, welche in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind" ohne Schaden für die Sache einfach „Minderjährige" hätten genannt werden können. Den jedesmaligen Zusatz, daß es sich um Minderjährige handelt, „welche das siebente Jahr zurückgelegt haben", scheint der Entwurf selbst nicht für unerläßlich zu halten. Die Gleichstellung der Verschwender und gewisser anderer Personen mit den Minderjährigen aber ist in §§ 70—71 ein für allemal ausgesprochen. Hat man hieran nicht genug, so wäre selbst die Bezeichnung „Minderjährige und gleichgestellte Personen" immer noch kürzer und zweifellos anschaulicher als die jetzige Formel. In § 1613 Abs. 1, welcher die Annahme an Kindes Statt seitens eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten behandelt, hätte natürlich umgekehrt eine die Minderjährigen ausschließende Wendung gebraucht werden müssen; gerade die §§ 1612—1613 aber sind so, wie sie jetzt lauten, bis zur Unverständlichkeit abstrakt und verkünstelt gefaßt. Ähnlich

verhält es sich mit dem immer wiederkehrenden Ausdruck „gesetzlicher Vertreter“. An vielen Stellen hätte man statt seiner jedenfalls ohne Nachteil lediglich den „Vormund“ nennen können. Eine Pedanterie anderer Art ist es, wenn bei der Ehescheidung der Ausspruch, daß ein Ehegatte „der schuldige Teil sei“, zur technischen Urteilsformel erhoben und nun auch im Falle beiderseitigen Verschuldens die sprachwidrige Erklärung verlangt wird, „daß jeder Ehegatte der schuldige Teil sei“ (§§ 1449, 1563 und oft). Warum begnügt man sich denn nicht mit dem einfachen „schuldig“? So aber geht der Entwurf überall dem Schlichten und Natürlichen geflissentlich aus dem Wege[1]). Es ist, als wolle er schon durch seine Wortbildungen den Laien von jedem Versuch abschrecken, in seine Begriffswelt einzudringen. Nirgends ein kräftiger, volkstümlicher oder zu künftiger Volkstümlichkeit geeigneter Ausdruck! Kaum hier und da ein deutsches Kernwort! Ängstlich vermieden jede Benennung, deren bildlicher Ursprung noch zu spüren wäre, der noch Erdgeruch anhaftete, die durch einen lebendigen sinnlichen Eindruck fesselnd und verdeutlichend zu wirken vermöchte!

Die Terminologie des Entwurfes kann aber um so weniger ein volkstümliches Gepräge empfangen, als sie im wesentlichen nicht deutscher, sondern lateinischer Herkunft ist. Der Entwurf hat freilich mit lobenswertem Eifer die Fremdwörter ausgemerzt. Wenn er so eingebürgerte Fremdwörter wie „Hypothek“, „Legitimation“, „Testament“, „Inventar“ u. s. w. beibehält, neben „Zinsscheinen“, „Gewinnanteilsscheinen“ und „Erneuerungsscheinen“ (Talons) auch „Rentenkupons“ aufführt und das Wort „Kapital“ nicht überall durch das Wort „Stamm“ ersetzt (z. B. nicht in § 456), so wird ihm niemand hieraus einen Vorwurf machen[2]). Statt „Konventionalstrafe“ hätte er allenfalls „Strafgedinge“ sagen können. Im ganzen wird jedenfalls auch der strengste Purismus nicht viel zu rügen finden[3]).

[1]) Vgl. andere Beispiele für die Bevorzugung des „Abstrakten vor dem Konkreten, des Gewundenen vor dem Geraden, des Zusammengesetzten vor dem Einfachen“ bei Bekker S. 53 ff. u. 70; ferner die für die vollendete Abstraktheit der Fassung, die Wahl blutleerer und unsinnlicher Ausdrücke von L. Goldschmidt S. 39 ff. (bes. S. 47—52) zusammengestellten Belege; dazu das Urteil von Dickel, Das neue bürg. Gesetzb. für Montenegro, S. 46 ff.

[2]) Ein Verzeichnis anderer stehengebliebener Fremdwörter bei Bekker S. 59.

[3]) Bekker S. 57 ff. wirft dem Entwurf sogar „Deutschtümeleien“ vor. Der von ihm hervorgehobene Umstand, daß die Motive von den deutschen Ausdrücken des Textes wenig Gebrauch machen, vielmehr das übliche Latein der Pandektenlehrbücher reden, beleuchtet freilich nur allzu grell die Wahrheit unserer Behauptung, daß der Entwurf zwar deutsch spricht, aber lateinisch denkt.

Allein so sehr dies Bestreben zu billigen ist, so ist doch mit der bloßen deutschen Wortbildung noch wenig gethan. Denn während so manches entlehnte Wort uns innerlich zu eigen geworden ist und sich mit unserem Geiste erfüllt hat, kann umgekehrt ein Wort, dessen leibliche Bildung durchaus deutsch ist, doch eine fremde Seele bergen. So aber verhält es sich vielfach mit den Kunstausdrücken des Entwurfes. Sie sind durch Übersetzung oder Nachbildung römischer Bezeichnungen oder der von der romanistischen Doktrin auf römischer Grundlage gestalteten Schulausdrücke entstanden und kleiden oft nur einen römischen Gedanken in deutsches Sprachgewand. Diese sprachliche Beschaffenheit der technischen Ausdrücke des Entwurfes ist ja nun freilich nur die notwendige Folge seiner Anlehnung an die fremden Begriffe und kann in ihrer ganzen Breite nicht aufgezeigt werden, ohne zugleich seinen gedanklichen Gehalt im einzelnen festzustellen und zu würdigen. Wir werden ihr daher später auf Schritt und Tritt begegnen. Gelegentlich sind wir auch bisher schon auf sie gestoßen; so haben wir z. B. gesehen, daß der Entwurf die Wörter „Besitz" und „Inhabung" nicht in der ihnen an sich innewohnenden Bedeutung, sondern in einem künstlich hineingelegten, auf Wiedergabe eines romanistischen Vorstellungsinhaltes berechneten Sinne verwendet. Doch wollen wir wenigstens einige Beispiele dieser undeutschen Terminologie hier näher beleuchten und zu diesem Behufe solche Ausdrücke herausgreifen, welche den ganzen Entwurf durchziehen.

Eine Übersetzung aus dem Lateinischen ist die Bezeichnung der Sorgfalt, deren Nichtanwendung „Fahrlässigkeit" und deren besonders schwere Vernachlässigung „grobe Fahrlässigkeit" heißen soll, als „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" (§ 144). Diese Phrase kehrt dann in zahlreichen Einzelbestimmungen wieder, in denen die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in bestimmten Richtungen oder Verhältnissen verlangt wird (vgl. die in den Motiven I S. 279 N.* aufgeführten 22 Stellen). Sie ist aber vermöge der Legaldefinition des § 144 zugleich in jedem Satze enthalten, der von „Fahrlässigkeit" oder „grober Fahrlässigkeit" spricht. Insbesondere haftet man also für die Erfüllung jeder Schuldverbindlichkeit (§ 224) und aus jeder rechtswidrigen Handlung (§ 704) insoweit, als man die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters verabsäumt hat. Nun mag ja dem Juristen, dem aus den Pandekten die „diligentia boni patrisfamilias" geläufig ist, diese Verwendung des ins Deutsche übersetzten Ausdruckes keinen besonderen Anstoß geben. Gehört derselbe aber wirklich in das deutsche

Gesetzbuch? Hat er nicht bei den Römern einen ganz bestimmten historischen Hintergrund, der ihm bei uns fehlt? Von wem anders können wir denn im Ernste die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters, „welcher über die Seinigen und das Seine mit Gewissenhaftigkeit und Treue wacht" (Motive I S. 279), verlangen als von jemandem, der eben wirklich „Hausvater" im deutschen Sinne des Wortes ist oder mindestens die Stelle eines solchen vertritt? Wenn das Handelsgesetzbuch von dem Kaufmann und von jedem, der sich sonst am Handelsgetriebe beteiligt, die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" (Art. 282, 344, 361, 380), von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes" (Art. 226 u. 241), vom Frachtführer die „Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers" (Art. 397, 399), vom Schiffer die „Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers" (Art. 478) fordert, so sind das verständliche und sachentsprechende Maßstäbe. Daß aber im täglichen Verkehr des bürgerlichen Lebens jede Person männlichen wie weiblichen Geschlechtes sich nach Art eines „Hausvaters" benehmen soll, ist eine seltsame Zumutung. Auch die Hausfrau, der Haussohn, die Haustochter, das Hausgesinde müssen sich nun stets in die Lage eines Hausvaters hineindenken, um genau zu wissen, was sie zu thun und zu lassen haben. Der Studierende auf der Universität, der Geselle in der Werkstatt muß sich zum Vater träumen. Mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters muß die Schauspielerin ihren Engagementsvertrag erfüllen, die Ballettänzerin tanzen, die Köchin kochen und die Markteinkäufe besorgen. „Unter der Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" hat nicht bloß „der Halter eines Tieres", wie der Entwurf ihn in seinem Deutsch nennt, sondern auch jeder, „welcher die Aufsicht für den Halter des Tieres übernommen hat", (also z. B. der Kutscher, Stallknecht, Hirt, die Viehmagd) „diejenigen Vorsichtsmaßregeln zu treffen, welche erforderlich sind, um das Tier an der Zufügung von Beschädigungen zu hindern" (§ 734). Und mit demselben hausväterlichen Maßstabe werden Gebäude- und Werkbesitzer und ihre Vertreter bei der Unterhaltung solcher Anlagen (§ 735), aber auch Beamte bei der Erfüllung ihrer Amtspflicht (§ 736) und dann wieder die bei einem Raufhandel oder unvorsätzlichen Totschlag Beteiligten (§§ 722 u. 726) gemessen [1].

[1] Gegen den Maßstab des „ordentlichen Hausvaters" auch Hölder S. 130ff., Schilling S. 54—56, Bekker S. 47, Meischeider S. 34, von Lißt S. 16, L. Goldschmidt S. 77—78, Zróbkowski S. 36, Mataja S. 272, Laband Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 3.

Römischer Herkunft ist ferner die den ganzen Entwurf durchziehende technische Verwendung des Wortes „Anspruch“ für einen im Verhältnis zu dem allgemeinen Begriff des subjektiven „Rechtes“ engeren Begriff. In § 154 Abs. 1 wird der Anspruch definiert als „das Recht einer Person, von einem anderen eine Leistung zu verlangen“. Aus den Motiven erfahren wir, daß diese Leistung sowohl in einer Handlung wie in einer Unterlassung bestehen kann, sofern nur der Berechtigte dieselbe behufs Verwirklichung seines Rechtes fordern darf; daß jedoch nur das obligatorische Recht sich in dieser persönlichen Richtung erschöpft, das dingliche Recht sich über die ihm entspringenden Ansprüche hinaus erstreckt; daß trotz der gegenteiligen Auffassung der Civilprozeßordnung das einer Feststellungsklage zu Grunde liegende Recht kein „Anspruch“ ist, weil es keine „Leistung“ zum Gegenstande hat (I S. 291). Wir wollen hier nicht näher darauf eingehen, wie unhaltbar diese Losreißung des Anspruches vom Recht, wie wenig begründet der angebliche Unterschied zwischen den Forderungsrechten und den schließlich auch nur in „Ansprüchen“ sich äußernden dinglichen Rechten, wie willkürlich die Ausscheidung der mit der Feststellungsklage verlangten Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses von dem Begriff der „Leistung“ ist. Denn aus den Motiven ergiebt sich jedenfalls, daß der Entwurf in der Hauptsache den von Windscheid aufgestellten Begriff des „Anspruches“ legalisieren will. Der Windscheidsche Anspruchsbegriff aber ist doch eingestandenermaßen nichts als die ein wenig modernisierte römische „actio“; er verdankt lediglich ihr sein Dasein und ist ausschließlich zu dem Zwecke geschaffen, um von ihr soviel zu retten, als nach dem Untergange des römischen Aktionensystems irgend sich retten läßt. Und wenn in neuerer Zeit unter den Romanisten der Anspruchsbegriff vielfach Eingang gefunden hat, zugleich aber zum Gegenstande der lebhaftesten Kontroversen geworden und schließlich in mannigfach ungleichartiger Weise ausgeprägt und begrenzt ist, so war auch hierbei stets weniger ein praktisches Bedürfnis des heutigen Rechtslebens als das Bedürfnis einer Stellungnahme zu dem römischen Begriff der actio das treibende Motiv. Demgemäß begegnet denn auch der „Anspruch“ im Entwurfe keineswegs überall da, wo man ihn der aufgestellten Legaldefinition zufolge erwarten könnte, sondern tritt in eigentlich technischer Bedeutung nur an denjenigen Stellen auf, an welchen im Pandektensystem die actio erscheint und nun auch im deutschen Gesetzbuch ein Rest dieses römischen Begriffes geborgen werden soll. Man kann durchweg das Wort in „actio“ zurückübersetzen. So ist

die „Anspruchsverjährung“ des Entwurfes (§§ 154—185, vgl. auch §§ 847, 1578 u. s. w.) die römische „praescriptio actionum“; der „Eigentumsanspruch“ ist die „rei vindicatio“ (§§ 929—942) nebst der „actio negatoria“ (§§ 943—944) und der „actio Publiciana“ (§ 945); in dem „Erbschaftsanspruch“ steckt die „hereditatis petitio“ (§§ 2080—2091); desgleichen haben die „Ansprüche“ aus Erbbaurechten (§ 964), Servituten (§§ 978, 1017, 1048), Reallasten (§§ 1055 u. 1060), Hypotheken (§§ 1075, 1084, 1089, 1720), Grundschulden (§§ 1139 u. 1141) und Faustpfandrechten (§ 1155), die „Ansprüche“ aus Entziehung oder Störung des Besitzes oder der Inhabung (§§ 819—820), der „Anspruch“ auf Aufhebung der Gemeinschaft (§ 768) und aus dem Miteigentum (§ 951), die „Ansprüche“ des Kondiktionensystems (§§ 737, 739, 746), der „Vermächtnisanspruch“ (§ 1867) und der „Pflichtteilsanspruch“ (§§ 1976 u. 1992) ihr unmittelbares oder mittelbares Vorbild in einer römischen „actio“; und wo immer sonst noch der „Anspruch“ vorkommt (z. B. in §§ 193 u. 774), läßt er sich unschwer auf den gleichen Ursprung zurückführen. Was aber soll uns nun in einem deutschen Gesetzbuch dieser Rest der römischen „actio“, die im Grunde bei uns niemals lebendig geworden und in dem größten Teile Deutschlands längst wieder abgestoßen ist, während sie in den gemeinrechtlichen Gebieten höchstens noch ein kümmerliches Scheinleben führt und auch hier im Rechtsbewußtsein des Volkes nicht den leisesten Wiederhall findet! Wie ist es nur möglich, daß der Entwurf einen rein doktrinären, durchweg bestrittenen, im besten Falle für den Schulgebrauch wertvollen Ersatzbegriff für die „actio“, den die Pandektenjurisprudenz und sie allein erzeugt und willkürlich auf einen dazu gepreßten deutschen Namen getauft hat, zu einem Grundpfeiler unseres Rechtsgebäudes ausersehen konnte! Schwerlich wird ein Deutscher, der seine Muttersprache noch so gründlich kennt und auch mit ihren Rechtswörtern leidlich Bescheid weiß, hinter den wahren Sinn dieser „Ansprüche“ kommen, ohne zuvor eine Vorlesung über römisches Recht gehört zu haben. Ja selbst nach gründlichster Belehrung wird hier der Laie immer noch vor einem unfaßlichen Rätsel stehen. Ganz abgesehen davon, daß er vermutlich von verschiedenen Juristen eine sehr ungleich lautende Auskunft erhalten wird. Unser deutsches Rechtsbewußtsein weiß eben zwar etwas von „Rechten“ und von „Klagen“: was aber sich als „Anspruch“ dazwischen schieben soll, wird uns stets ein fremdartiges und nebelhaftes Gebilde bleiben. Wenn es sich um die Regelung der Verjährung handelt, so leuchtet

uns sofort die Notwendigkeit der Entscheidung ein, ob durch Zeitablauf nur die Klage oder das Recht selbst erlöschen soll: für die Einführung einer „Anspruchsverjährung" aber, die keine Rechtsverjährung und doch mehr als eine Klageverjährung ist, fehlt uns das Verständnis. Wir halten ferner dafür, daß jedes von der Rechtsordnung anerkannte Recht bis zur ausdrücklichen Bestimmung des Gegenteils auch vollen gerichtlichen Schutz genießt und deshalb zugleich die Befugnis zur Klage in allen Fällen seiner Verletzung enthält: daß aber die Klagebefugnis erst aus dem Recht als „Anspruch" herauswachsen und als solcher vom Gesetz besonders formuliert werden muß, damit die Klage ihr rechtes Fundament erlange, ist uns nicht leicht plausibel zu machen. Obschon wir daher in einem bürgerlichen Gesetzbuch bei dem Eigentum, dem Erbrecht und anderen Rechten zugleich von „Klagen" zu hören erwarten, so mutet es uns doch völlig undeutsch an, wenn das Wort „Klage" hier überall vermieden, dafür aber in besonderen Abschnitten vom „Eigentumsanspruch" und vom „Erbschaftsanspruch" gehandelt wird. Wie wenig Rechtsinstitute deutscher Herkunft in diese romanistische Schablone passen, tritt beispielsweise darin hervor, daß man sich genötigt gesehen hat, die in den Entwurf aufgenommenen deutschrechtlichen Beschränkungen der Eigentumsverfolgung an fahrender Habe auseinanderzureißen und zum Teil in der Lehre vom Eigentumserwerb (§§ 877—880), zum anderen Teil aber in der Lehre vom Eigentumsanspruch (§§ 939 bis 940) unterzubringen. Andererseits versagt der Anspruchsbegriff des Entwurfes da, wo er Dienste leisten könnte, weil ausnahmsweise ein Recht ohne Klage anerkannt ist. Dies ist z. B. nach dem Entwurfe im Einklange mit dem deutschen Recht bei Spiel und Wette (§§ 664—665) und im Einklange mit dem modernen Rechtsbewußtsein beim Verlöbnis (§§ 1227—1230) der Fall. Der Entwurf kann seiner Terminologie zufolge den allein sachentsprechenden Ausdruck, daß aus diesen Rechtsgeschäften keine „Klage" stattfindet, deshalb nicht gebrauchen, weil hiermit noch nicht der „Anspruch" verneint, ein klagloser Anspruch aber ein Unding wäre. Da jedoch nach der vom Entwurfe zu Grunde gelegten Auffassung „das obligatorische Recht sich im Anspruch erschöpft", so kann er hier auch nicht von einem Recht ohne Anspruch reden. Er muß daher das Recht selbst negieren und erklärt demgemäß in § 877 wirklich: „durch Spiel und Wette wird ein Schuldverhältnis zwischen den Vertragschließenden nicht begründet". Und ähnlich in § 1227: „durch das Verlöbnis wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Schließung der Ehe

nicht begründet". Allein bei Spiel und Wette will er gleichwohl den deutschen Satz „Spielschulden sind Ehrenschulden" zur Geltung bringen und fügt daher, um die Rückforderung der bezahlten Schuld auszuschließen, die seltsame Vorschrift hinzu, es solle in dieser Hinsicht der Umstand, „daß ein Schuldverhältnis nicht bestanden hat", nicht beachtet werden. Und beim Verlöbnis nimmt er den an die Spitze gestellten Satz, der fast wie eine Aufforderung zu Entlobungen klang, gleichfalls sofort wieder teilweise zurück, indem er dem Verlobten, welcher grundlos zurücktritt oder gerechten Anlaß zum Rücktritt giebt, Ersatzverbindlichkeiten auferlegt. Hierin mögen große juristische Feinheiten stecken: für den unbefangenen Sinn aber schafft kein logisches Kunststück den Widerspruch aus der Welt. Die Einführung des „Anspruchs" als eines terminus technicus erweist sich somit nicht bloß als überflüssig, sondern als schädlich. Und vergeblich fragt man sich, welche Nachteile denn entstanden wären, wenn der Entwurf gleich allen anderen modernen Gesetzbüchern sich mit „Rechten" und „Klagen" begnügt und die römische actio der Rechtsgeschichte überlassen hätte[1].

Unter dem Banne der romanistischen Schulbegriffe ist auch die wenig glückliche Terminologie des Entwurfes in Ansehung der Rechtsobjekte und ihres Verhältnisses zu den Rechten zu

[1] Gegen den Anspruchsbegriff des Entwurfes erklären sich auch Schilling S. 57—58, Hölder S. 143, G. Hartmann S. 341 u. 347 ff., Klöppel, Gutachten S. 826 ff., Fischer Heft 6 der Beiträge S. 7 ff. u. 64—94, Bähr, Gutachten für den 20. Juristentag, Verh. Bd. 1 S. 285 ff. Alle meinen, daß dieser vom „Anspruch" der Civilprozeßordnung verschiedene privatrechtliche „Anspruch" neben der ebenfalls doppelsinnigen „Klage" heillose Verwirrung stiften würde. Fischer weist dem Entwurf überdies Ungenauigkeiten in dem Gebrauch des eigenen Kunstausdruckes nach. Gleich uns verlangt Fischer die vollkommene Lösung unseres Privatrechtes aus den Banden der römischen „actio". Er geht indes insofern weiter, als er behufs gänzlicher Sonderung von Prozeßrecht und Privatrecht den Begriff der „Klage" aus dem letzteren überhaupt entfernen und für den „Anspruch" überall die „Forderung" einsetzen will. Allein Privatrecht und Prozeßrecht gehören zusammen, das Privatrecht empfängt erst durch die Möglichkeit der Klage seine Vollendung, und es ist durchaus angemessen und zweckmäßig, wenn ein privatrechtliches Gesetzbuch über Voraussetzungen und Grenzen des Klageschutzes Anordnungen trifft. Für einen technischen Anspruchsbegriff, aber gegen den des Entwurfes und gegen die Fassung von § 877 und § 1227 Hanausek, Gutachten für den 20. Juristentag, Verh. Bd. 1 S. 309 ff., 315, 317—318, 331. — Daß der Entwurf neben der actio auch die römische „exceptio" zu retten sucht und auch hier mit unserer Rechtsanschauung und zum Teil mit sich selbst in Widerspruch gerät, zeigt Fischer S. 94—117; vgl. auch Klöppel a. a. O. S. 833 ff.

stande gekommen. Bekanntlich ist das römische Recht in diesem Punkte nicht zur vollen Schärfe der Abstraktion durchgedrungen. Statt überall das Recht und sein Objekt, die in einer bestimmten Begrenzung anerkannte menschliche Willensmacht und den Gegenstand dieses Machthabens, voneinander zu sondern, hat es einerseits das Eigentum vielfach mit dem beherrschten Sachkörper identifiziert, andererseits die übrigen Rechte als „unkörperliche Sachen" mit den „körperlichen Sachen" in Parallele gesetzt. Der Entwurf will nun, um die offenbare Ungehörigkeit einer Gleichsetzung so unvergleichbarer Dinge, wie es Naturgegenstände und Rechte sind, zu vermeiden, den Ausdruck „Sache" lediglich für „körperliche Gegenstände" verwandt wissen (§ 778). Allein nur scheinbar befreit er sich von der römischen Denk- und Redeweise. Denn in einer Fülle von Bestimmungen stellt er gleichwohl „Sachen" und „Rechte" als gleichartige Dinge nebeneinander und führt nur statt des Gattungsnamens „Sache" den viel ungeeigneteren Gattungsnamen „Gegenstand" ein, um „Sachen" und „Rechte" als „körperliche" und „unkörperliche" Gegenstände zusammenzufassen. Insbesondere betrachtet er „Sachen" und „Rechte" als Bestandteile des „Vermögens" und bezeichnet sie gleichmäßig als „Vermögensgegenstände". Offenbar jedoch kann das „Vermögen", insofern es dem ursprünglichen Wortsinne gemäß subjektiv verstanden wird, nur Rechte und nicht zugleich Sachen enthalten. Werden also „Sachen" hierbei den „Rechten" gleichgestellt, so sind damit in Wahrheit Eigentumsrechte an körperlichen Gegenständen gemeint. Umgekehrt können, sobald das „Vermögen" als Inbegriff von Vermögensgegenständen in objektivem Sinne genommen wird, ihm neben den „Sachen" nicht auch „Rechte" angehören. Wenn daher „Rechte" zu den Vermögensgegenständen gezählt werden, so muß dabei irgendwie an ein von dem Recht als Willensmacht unterschiedenes objektives Element gedacht sein. Das Wort „Recht" kann hier nicht mehr eine bloße Beziehung zur Außenwelt, sondern nur ein Stück dieser Außenwelt selbst und zwar, da es sich um „Vermögensrecht" handelt, ein Stück der äußeren Güterwelt bedeuten. Das durch die Setzung und Begrenzung einer Willensmacht determinierte Objekt der Beherrschung ist unter dem Namen des „Rechtes" ganz oder teilweise zunächst als dessen Inhalt mitgedacht und dann als dessen gegenständliche Seite verselbständigt worden. In demselben Sinne braucht der Entwurf das Wort, wenn er von Rechten an Rechten spricht und insbesondere beim Nießbrauch und beim Pfandrecht „Rechte"

gleich „Sachen“ als Objekte eines „Sachenrechtes“ behandelt. Was also ist schließlich mit der gewaltsamen Einengung des Sachnamens erreicht? Die unvollkommene und zumal für unser deutsches und modernes Recht unzureichende römische Schablone ist unter einer leichten Abwandlung der Terminologie verewigt, einer wirklich angemessenen Begriffsbildung aber ist vom Gesetze selbst ein sprachliches Hindernis entgegengetürmt. Und doch macht heute dringender als je das Bedürfnis einer Klärung und Erweiterung dieser Begriffe sich geltend, und ein deutsches Gesetzbuch wäre wahrlich berufen, hierbei fördernd einzugreifen. Auf der einen Seite müssen wir notwendig die Auffassung des Sacheigentums als eines gewissermaßen den Sachkörper selbst absorbierenden und darum von allen anderen Rechten speeifisch verschiedenen Rechtes überwinden. Das volle und rückhaltlose Bekenntnis, daß das Sacheigentum ein Recht und nichts als ein Recht ist und von anderen Rechten sich zwar durch seinen begrifflich auf die Beherrschung einer körperlichen Sache in ihrer Totalität gerichteten Inhalt unterscheidet, im übrigen aber in Wesen und Rang ihnen gleichsteht, ist nicht bloß von juristisch-technischer, sondern auch von hoher ethischer und socialer Bedeutung! Auf der anderen Seite können wir des Begriffes der „unkörperlichen Sache“ unmöglich entbehren. Wir müssen durchaus bei denjenigen Rechten, deren Objekt wir als einen für sich wertvollen und verkehrsfähigen Gegenstand vorstellen und darum den rein subjektiven Willensbeziehungen gegenüber verselbständigen, die Gleichartigkeit und Gleichwertigkeit dieses ideell begrenzten Rechtsobjektes mit dem räumlich begrenzten Rechtsobjekt zum Ausdruck bringen. Von der Möglichkeit, aus der Totalität der Beziehungen, in denen eine körperliche Sache sich zur Beherrschung durch menschlichen Willen eignet, einen Teilinbegriff auszuscheiden und als das Objekt besonderer Beherrschung zu setzen, hängt die Ebenbürtigkeit der übrigen dinglichen Rechte mit dem Eigentum ab. Nur wenn wir eine Vergegenständlichung der zu leistenden Handlung vornehmen, vermögen wir das Gebiet des Obligationenrechtes zugleich zu erfassen und zu begrenzen und die dem täglichen Leben so geläufige Behandlung der Forderungen und Schulden als „Aktiva“ und „Passiva“ einer Vermögensmasse juristisch auszuprägen. Darüber hinaus fallen die Urheberrechte an Geisteswerken, die Erfinderrechte, die Rechte an Firmen und Marken u. s. w. völlig ins Leere und müssen sich womöglich mit dem Range anomaler Erzeugnisse von „Privilegien“ begnügen, sobald die Welt der Rechtsobjekte mit den Sachkörpern endet. Vor allem aber

wird durch die Einführung der unleiblichen Objekte eine angemessene Ausgestaltung des Vermögensbegriffes bedingt. Denn gerade auf der Bejahung oder Verneinung einer rechtlichen Selbständigkeit der gegenständlichen Seite beruht die Unterscheidung der Vermögensrechte von anderen Rechten und somit die Abgrenzung des „Vermögens" gegen die sonstige Rechtssphäre einer Person. Zugleich aber vermag nur im Falle einer Erstreckung des Sachbegriffes auf sinnlich nicht Wahrnehmbares der Gedanke einer objektiven Vermögenseinheit zu stande zu kommen und die für das deutsche und moderne Recht so bedeutungsvolle Bildung von „Sondervermögen" zu vollziehen. Wir bedürfen also in der That dieses Begriffes der „unkörperlichen Sache", den wir bis zur Auffindung eines besseren Namens am passendsten eben durch diese herkömmliche Bezeichnung ausdrücken, da nun einmal das Wort „Sache" der technische deutsche Ausdruck für das unpersönliche Rechtsobjekt ist und Wörter wie „Gegenstand" oder „Gut" jedes juristischen Gepräges entbehren. Wir bedürfen aber gleichzeitig, wie immer man das unleibliche Objekt taufen mag, der scharfen Sonderung desselben von dem subjektiven „Recht" als solchem. Steht es freilich einmal fest, daß begrifflich die „unkörperlichen Sachen" sich nicht mit den „Rechten" decken, sondern gleich den körperlichen Sachen nur Gegenstände von Rechten sind, so wird auch in der Gesetzessprache der Anschluß an den Sprachgebrauch des Lebens, welcher vielfach eben das Wort „Recht" zugleich für dessen gegenständliche Seite verwendet, nicht unbedingt verwerflich sein. Am wenigsten ist gegen die Bezeichnung der unkörperlichen Sachen durch gewisse neutrale Wörter einzuwenden, welche zwar ebenfalls zur Bezeichnung des entsprechenden Rechtes gebraucht werden können, jedoch keinen zwingenden Hinweis auf das subjektive Element enthalten. Darum ist es z. B. durchaus nicht störend, wenn der Entwurf von der Belastung einer „Reallast" mit dem Rechte eines Dritten spricht (§ 1061) oder eine „Forderung", eine „Hypothek", eine „Grundschuld", einen „Nießbrauch" u. s. w. als Gegenstand eines Pfandrechtes oder Nießbrauches behandelt (§§ 1028—1035, 1214 Abs. 3, 1217—1224). Dagegen werden allerdings schiefe Vorstellungen erweckt, wenn im Entwurfe an erster Stelle und geflissentlich der Ausdruck „Recht" aufgesucht wird, um einen gleichzeitig dem „Eigentum" und der „Sache" korrespondierenden Begriff zu gewinnen (z. B. §§ 370 u. 459) oder das Objekt der als „Rechte an Rechten" konstruierten Befugnisse zu benennen. Wie unnötig verkünstelt lautet z. B. der § 1027: „Ist das Recht auf Beziehung einer Leibrente,

eines Leibgedinges, eines Altenteiles oder eines Auszuges Gegenstand des Nießbrauches, so sind die einzelnen Leistungen, welche während der Dauer des Nießbrauches fällig werden, als Nutzungen des Rechtes anzusehen"! Warum ist denn nicht einfach vom „Nießbrauch an einer Leibrente" u. s. w. die Rede, welcher „das Recht auf die einzelnen während seiner Dauer fällig werdenden Leistungen gewährt"[1])?

In engem Zusammenhange mit der geplanten Einschränkung des Sachnamens auf körperliche Gegenstände steht der im Entwurf unternommene Versuch, den Namen des **Eigentums** im Einklange mit der romanistischen Doktrin, jedoch im Widerspruche mit dem Sprachgebrauche des deutschen, preußischen und französischen Rechtes und mit den Anschauungen und Bedürfnissen des Lebens, auf das Eigentum an körperlichen Sachen einzuschränken. Es ist indes zunächst nicht einzusehen, warum nicht auch von einem „Eigentum" an unkörperlichen Sachen gesprochen werden soll, um das die Totalität des betreffenden Objektes ergreifende Recht von den etwa abgesplitterten unvollkommenen Rechten zu unterscheiden. Sobald einmal ein „Nießbrauch" oder ein „Pfandrecht" an einer Forderung, Hypothek, Grundschuld, einem Nießbrauch oder überhaupt einem „Recht" angenommen wird, scheint doch als Ergänzung hierzu unausbleiblich auch ein „Eigentum" an denselben Gegenständen vorgestellt werden zu müssen. Welche abergläubische Scheu soll uns also abhalten, dem Nießbrauch an einer Forderung das Eigentum an der Forderung gegenüberzustellen oder bei der Verpfändung einer Hypothek von den Rechten und Pflichten des Pfandgläubigers gegen den Eigentümer der Hypothek zu reden? Indem der Entwurf dies ängstlich vermeidet, sieht er sich zu den umständlichsten Redewendungen (wie z. B. in §§ 1024, 1213 u. s. w. „derjenige, welchem das belastete Recht zusteht") und zu überflüssigen Distinktionen (wie z. B. in §§ 370 u. 459) gezwungen, welche die Schwerfälligkeit und Unvolkstümlichkeit seiner Sprache erhöhen. Und dabei kann er nicht einmal konsequent bleiben. Denn wenn er in § 781 Abs. 2 auf „Berechtigungen, welche ein Blatt im Grundbuche erhalten können" die Vorschriften über Grundstücke entsprechend angewandt wissen will,

[1]) Die Verwendung des Ausdruckes „Gegenstand", die Unklarheit über das Objekt der einzelnen Rechte und die mangelhafte Ausgestaltung des Vermögensbegriffes rügt auch **Bekker** S. 29—33. Sehr entschieden gegen die Beschränkung des Sachbegriffes auf körperliche Gegenstände, die Streichung der Sachgesamtheiten und Vermögensbegriffe aus der Reihe der Rechtsobjekte und die Verkennung der objektiven Seite der Rechte wendet sich E. **Fuchs**, Das Wesen der Dinglichkeit S. 5 ff., 43, 61, 64, 79—89.

so billigt er doch hiermit zugleich, ohne freilich seinerseits den Begriff der „liegenschaftlichen Gerechtsame“ zu formulieren, bei dieser besonderen Art von unkörperlichen Sachen die Annahme und buchmäßige Eintragung eines „Eigentums“. Vor allem aber ist der Begriff eines Eigentums an unkörperlichen Sachen unentbehrlich, um das einheitliche Recht an der Totalität einer objektiven Vermögenseinheit zum Ausdruck zu bringen. Der Entwurf geht freilich in seiner atomistischen und materialistischen Grundrichtung der ausdrücklichen Anerkennung von Sachgesamtheiten und Sondervermögen als selbständiger Einheiten aus dem Wege. Allein er schafft sie damit nicht aus der Welt und wendet vielmehr zum Teil selbst eine Fülle künstlicher Mittel an, um Vermögensinbegriffe herzustellen, welche dem Erfolge nach sich als einheitliche Objekte bewähren. Wenn er nun aber nichts von einem einheitlichen Herrschaftsrechte an einem solchen Ganzen, sondern nur von einer Summe einzelner und unter sich verschiedenartiger Rechte an den dazu gehörigen körperlichen und unkörperlichen Einzelobjekten weiß, so stellt er wiederum die engherzigen Gesichtspunkte einer im römischen Rechte befangenen Schultheorie über die aus der lebendigen Wirklichkeit breit und machtvoll hervorbrechenden Gedanken. Wir haben eben in Deutschland die Vorstellung eines an einem Vermögensganzen als solchem begründeten Herrschaftsrechtes und nennen dasselbe „Eigentum“. Und so geläufig ist uns dies, daß der Entwurf selbst, während er im übrigen sich mit allerlei Umschreibungen abmüht, gelegentlich unwillkürlich in den ketzerischen Sprachgebrauch verfällt und vom „Eigentümer“ eines Vermögens redet (z. B. § 1042)[1]).

Bei solcher Hinneigung zu einer romanisierenden Terminologie ist der Entwurf natürlich umgekehrt den ursprünglichen deutschen Rechtswörtern in hohem Maße abhold. Viele gute und kräftige Ausdrücke unseres einheimischen Rechtes sind ja leider unrettbar verloren oder nahem Untergange geweiht. Allein der Entwurf verschmäht auch durchaus lebendige und lebensfähige deutschrechtliche Bezeichnungen, sobald er sie nicht in den Pandektenlehrbüchern findet. Und völlig fremd ist ihm das Bestreben, deutsche Kernwörter wieder zu Ehren zu bringen oder etwa gar im Geiste der deutschen Rechtssprache zum geeigneten Ausdrucke moderner deutscher Rechtsgedanken neu zu prägen[2]). Wir hören nichts von „fahrender Habe“ oder

[1]) Für das „Eigentum“ an Rechten auch Fuchs a. a. O. S. 101—104 (wo zugleich die praktische Unentbehrlichkeit einer derartigen Vorstellung nachgewiesen wird); vgl. auch Bekker S. 32.

[2]) Zustimmend Bekker S. 60, Zitelmann S. 44. Dagegen verspottet

„Fahrnis“ und von „liegendem Gut“ oder „Liegenschaften“, während doch z. B. in §§ 1431—1434 die „Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft“ kürzer und kräftiger als „Fahrnis- und Errungenschaftsgemeinschaft“ (ja selbst ohne Schaden einfach als „Fahrnisgemeinschaft“) und das zum „Sondergut“ bestimmte „unbewegliche Vermögen“ als „liegendes Gut“ bezeichnet worden wäre. Der Entwurf weiß nichts von der „gesamten Hand“. Er bringt es nicht über sich, im Gegensatz zu dem obligatorischen Vorkaufsrecht (§§ 481—487) das dingliche Vorkaufsrecht an Grundstücken (§§ 952—960) „Näherrecht“ zu nennen. Bei der Feststellung des „häuslichen Wirkungskreises“ der Ehefrau läßt er sich das Wort „Schlüsselgewalt“ entgehen und muß nun dafür das fragliche Recht der Ehefrau durch Beschreibung oder Verweisung (so z. B. in § 1278 Abs. 3 als „das im ersten Absatz bezeichnete Recht der Ehefrau“) charakterisieren. Wäre es zu viel verlangt, daß wir an Stelle der „anteilsberechtigten Abkömmlinge“ bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft die „Kinder in der Were“ anträfen? Dürften wir nicht erwarten, etwas von „Abschichtung“ zu hören? Hätten nicht bei der „Annahme an Kindes Statt“ Ausdrücke wie „Wahlkind“ und „Wahleltern“ („Wahlvater“, „Wahlmutter“) eingeführt werden können, um die Entstellung der Gesetzessprache durch das unaufhörliche Gerede von „Annehmenden“ und „Angenommenen“, durch die stete Gegenüberstellung der „Person, welche eine andere Person an Kindes Statt angenommen hat“, der „Person, welche an Kindes Statt angenommen ist“ und der „Personen, von welchen die eine die andere an Kindes Statt angenommen hat“ (vgl. z. B. §§ 1239—1240), durch Redewendungen wie „ist der Annehmende eine Frau“ (§ 1623 Abs. 4) u. s. w. zu vermeiden? Und wie ganz anders wäre die Fassung des Familienrechtes ausgefallen, wenn man, da man nun doch einmal sachlich die alte deutsche Munt nicht zu verdrängen vermochte, auch sprachlich an dieselbe wieder angeknüpft hätte. Will man den freilich sehr verklausulierten und künstlich begrenzten Rest des ehemännlichen Mundiums, den der Entwurf beibehält, nicht „ehemännliche Vormundschaft“ nennen, so stände doch nichts im Wege, von einem „mundschaftlichen“ Recht des Mannes zu reden. Die „elterliche Gewalt“ des Entwurfes ist ihrem Wesen nach vielmehr eine „elterliche Vormundschaft“ und könnte gleichfalls, wenn der Ausdruck „Vormundschaft“ auf seinen heutigen engeren technischen

Neumann, Beitr. z. Erl. des deutsch. Rechts Bd. 32 S. 875 die hier in Erinnerung gebrachten deutschen Rechtswörter als „Butzenscheiben“.

Sinn beschränkt bleiben soll, als „Mundschaft“ bezeichnet werden. Hiermit böte sich zugleich der Ausdruck „Mundwalt“ als allgemeiner Name für den „gesetzlichen Vertreter“ dar[1]). Vor allem aber ließe sich das aus dem Rechte an der Person fließende Recht am Vermögen im Einklange mit seinem familienrechtlichen Wesen als ein „mundschaftliches“ Recht am Ehegut oder Kindergut denken und benennen. Dann würde das Rechtsverhältnis des Mannes in Bezug auf das Frauengut im Falle des „gesetzlichen Güterstandes“ des Entwurfes sich nach Art der alten „Gewere zur rechten Vormundschaft“ als ein im organischen Wesen der Ehe begründetes einheitliches Recht darstellen, anstatt in eine Anzahl selbständiger Rechte und Pflichten auseinanderzufallen. Und ebenso würden sich die „Verwaltung und Nutznießung des Inhabers der elterlichen Gewalt“ am Kindesvermögen in ein einheitliches Recht von familienrechtlichem Gepräge verwandeln. Die veränderte Namengebung hätte somit freilich zugleich die Bedeutung einer veränderten Begriffsbildung, aus welcher nicht nur eine Umgestaltung der einzelnen Vorschriften des Entwurfes, sondern ein offener Bruch mit dessen „Geist“ folgen würde. Für den individualistischen Geist dieses Entwurfes muß ja vielmehr umgekehrt ein selbstverständliches Gebot der Rechtslogik und der juristischen Technik dahin drängen, die einheitlichen Familienrechte aufzulösen, ihre vermögensrechtlichen Wirkungen aus dem Zusammenhange der personenrechtlichen Verbundenheit herauszureißen und die verselbständigten Splitter dem „Nießbrauch“, der „Verwaltung fremden Vermögens“ und sonstigen Rechtsbeziehungen zwischen beliebigen unverbundenen Personen anzugleichen. Wir werden später sehen, daß der Entwurf leider nur allzu eifrig an der Verwirklichung eines solchen Ideals gearbeitet hat.

In vielen Fällen sucht der Entwurf den Gebrauch einfacher technischer Rechtsausdrücke überhaupt zu vermeiden. Nicht immer sind dabei seine Beweggründe vollkommen durchsichtig. Zum Teil verführt ihn das Streben nach mathematischer Genauigkeit, gewisse naheliegende Wendungen lediglich deshalb zu verwerfen, weil ihr eigentlicher Sinn streitig ist oder werden könnte oder doch nicht ohne eine eigene Geistesthätigkeit des Auslegers fest begrenzt zu werden vermag. Offenbar indes würden durch eine einmalige gesetzliche

[1]) Selbstverständlich unter der Voraussetzung, daß die durchaus ungehörige Unterstellung des Vorstehers einer Körperschaft oder Stiftung unter diesen Begriff wegfällt. In diesem Sinne hat auch Zitelmann S. 44 den Ausdruck „Mundwalt“ angenommen und bei seiner Neufassung S. 163 ff. verwandt.

Feststellung derartige Bedenken, soweit sie überhaupt begründet sind, sich leicht beseitigen lassen. Jedenfalls wird durch die umschreibenden Formeln, welche der Entwurf zu substituieren genötigt ist, die Gesetzessprache wiederum der lebendigen Kraft beraubt und oft unerträglich belastet. So weiß der Entwurf nichts von „gutem" und „bösem Glauben", von „redlichem" und „unredlichem Besitz"; dafür begegnen nun in der Lehre von den Grundbüchern (§ 837 Abs. 2), dem Erwerb des Eigentumes an Fahrnis (§§ 877, 878), der Ersitzung (§ 881 Abs. 2, § 889), dem Fruchterwerb (§ 899 Abs. 2, § 900), der Eigentumsklage (§ 931—933, 939—940, 945), den ungültigen Ehen (§§ 1257—1258) und den Kindern aus ungültigen Ehen (§§ 1563—1566) sorgfältig ausgeklügelte Umschreibungen, die den unbefangenen Leser überall ermüden müssen und vielfach erst durch das eingehende Studium zahlreicher anderer Vorschriften des Entwurfes verständlich werden[1]). Man erwäge ferner, welche Fülle von weitschweifigen und künstlichen Redewendungen der Entwurf sich hätte ersparen können, wenn er sich entschlossen hätte, in den Fällen ungleichartiger Wirkung eines Rechtsverhältnisses unter den Beteiligten und gegenüber Dritten von Wirkungen „nach innen" und „nach außen" oder von einer „inneren" und „äußeren" Seite zu sprechen. Auch hätte für die Rechte, welche „dem jeweiligen Eigentümer eines Grundstückes zustehen", der dem Ausdruck „Reallast" entsprechende Ausdruck „Realrecht" eine angemessene kurze Benennung geboten. In anderen Fällen vermeidet der Entwurf die Aufnahme eines Kunstwortes, weil er die Eigenartigkeit des ihm zu Grunde liegenden Begriffes verkennt und darum mit der Anlehnung an einen scheinbar gleichartigen Begriff und mit der Verweisung auf die entsprechende Anwendung der für ein anderes Verhältnis gegebenen Vorschriften auszukommen hofft. Wenn er z. B. nirgend von einem „Organ" seiner „juristischen Personen" spricht, so beruht dies auf seiner Befangenheit in der engherzigsten romanistischen Fiktionstheorie, für welche es ein Organ im Rechtssinne in der That nicht geben kann. Ist die Körperschaft nichts als ein künstliches Individuum, so wird sie durch die dazu berufenen natürlichen Individuen in derselben Weise vertreten, wie eine „geschäftsunfähige" Einzelperson durch eine andere „geschäftsfähige" Einzelperson. Der Entwurf verfährt daher nur folgerichtig, wenn er statt von „Organen" zu reden, mit den Begriffen des „gesetzlichen Vertreters" und des

[1]) Vgl. auch L. Goldschmidt S. 14.

„Auftrages" und mit der Analogie des Vormundschaftsverhältnisses operiert. Wollte man sich freilich die Mühe nehmen, in alle späteren Paragraphen, welche von „geschäftsunfähigen Personen" und vom „gesetzlichen Vertreter" sprechen, auch die nach der Terminologie des Entwurfes dazu gehörigen „juristischen Personen" und ihren „Vorstand" hineinzuschreiben, so würde man vielfach ein höchst sonderbares Ergebnis gewinnen! In ähnlicher Weise ist dem Entwurf das Wort „Satzung" (oder „Statut") fremd, weil er keine echte Autonomie kennt; dafür redet er vom „Gründungsvertrage" einer Körperschaft und dessen späterer Abänderung „durch den Willen der Mitglieder" (§ 43). So ist auch die schon berührte Abneigung des Entwurfes gegen besondere deutschrechtliche Namen für die im Familienrecht wurzelnden Nutzungsrechte nur ein Symptom des Bestrebens, die deutschrechtlichen Begriffe durch den Begriff eines in einzelnen Punkten modifizierten römischen ususfructus zu ersetzen.

Eine merkwürdige Unsicherheit zeigt der Entwurf in der Verwendung des Ausdruckes „Wertpapiere" und der Bezeichnungen für die einzelnen Gattungen der Wertpapiere. Die allgemeine Kategorie der „Wertpapiere" begegnet in einer Reihe einzelner Bestimmungen (z. B. §§ 199, 200, 201, 272, 1664, 1669, 1670, 1672, 1692), wird jedoch nirgend durch eine begriffliche Feststellung abgegrenzt[1]). Bei der erstmaligen Erwähnung sind unter „Wertpapieren" lediglich Inhaberpapiere verstanden; denn aus § 201 erfahren wir, daß die durch § 199 als geeignete Mittel der Sicherheitsbestellung zugelassenen „Wertpapiere" notwendig auf den Inhaber lauten müssen. Der Ausschluß aller Namenpapiere (also z. B. auch der indossabeln Aktien) ist sachlich ungerechtfertigt. Wollte man aber diese Einschränkung hinzufügen, so ist schlechthin unerfindlich, warum man nicht gleich in § 199 nur von „Inhaberpapieren" redet. Anderswo werden unter „Wertpapieren" auch Namenpapiere mitverstanden. In § 1670 werden sogar „Wertpapiere mit Einschluß der Hypothekenbriefe und Grundschuldbriefe" genannt, obwohl die Eigenschaft dieser Urkunden als Wertpapiere nach § 1109 und § 1138 sehr zweifelhaft bleibt und nun gerade diese besondere Einschließung bei einer einzelnen Gelegenheit erst recht Unsicherheit erzeugt, ob sie im übrigen unter „Wertpapieren" mitzuverstehen sind oder nicht. Als eine Unterart der Wertpapiere erscheint in manchen Stellen des

[1]) Eine solche verlangt auch Koch, Heft 4 der Beiträge S. 3—5; er schlägt vor: „Urkunde über ein Vermögensrecht, welches mit voller Wirksamkeit nur zugleich mit ihr verwertet werden kann."

Entwurfes die allgemeine Kategorie der „Inhaberpapiere" (§§ 1037, 1226, 1282, 1670, 1671, 1692), welche gelegentlich in sonderbarer Wendung anderen Wertpapieren als „die in Inhaberpapieren bestehenden Wertpapiere" gegenübergestellt werden (§ 1672). An anderen Stellen dagegen bedient sich der Entwurf der umständlicheren Bezeichnung „Schuldverschreibungen auf Inhaber und Aktien auf Inhaber" (§§ 1036, 1037, 1822), ohne daß ersichtlich wäre, ob er damit gleichfalls sämtliche Inhaberpapiere oder nur gewisse Klassen derselben treffen will. Da einerseits neben den im Entwurf selbst geregelten „Schuldverschreibungen auf Inhaber" (§§ 685—703, vgl. auch § 1511 und § 1674) nach Durchführung seines Systemes wohl dem geltenden Recht kaum andere Inhaberpapiere als Inhaberaktien angehören würden, andererseits die fraglichen Bestimmungen inhaltlich auf jedes Inhaberpapier gemünzt sind, ist zu vermuten, daß die gewählte Formel als erschöpfende Aufzählung aller Inhaberpapiere gelten soll. Würden nun aber auch etwa neu eingeführte Korporationspapiere auf Inhaber, die keine Aktien wären, darunter fallen? Endlich kennt der Entwurf auch die allgemeine Kategorie der „an Order lautenden Papiere" (§ 1282), während er anderwärts die Orderpapiere als „Wechsel oder andere Papiere, welche durch Indossament übertragen werden können," bezeichnet (§§ 1225, 1511 Z. 5, 1674 Z. 9). Dagegen weiß er nichts von Rektapapieren. Diese schwankende und unzureichende Terminologie ist wiederum nur der Ausdruck der inneren Mängel des Gedankensystemes. Der Entwurf scheint eben den ganzen Begriff des „Wertpapieres" nur für einen unjuristischen Verkehrsbegriff, der sich bald so bald anders nehmen läßt, zu halten. Einen Rechtsbegriff des Wertpapieres erkennt er nicht an. Handelt es sich ja doch auch nur um ein Erzeugnis der germanischen Rechtsgeschichte, das sich den Pandekten schlecht einfügt! Der Entwurf stellt daher allgemeine Rechtssätze über Wertpapiere nicht auf. Zu einem Rechtsinstitut prägt er nur die „Schuldverschreibung auf Inhaber" aus, die er den einzelnen „Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden" zugesellt und in einem Titel des Obligationenrechtes regelt. Die „Schuldverschreibung auf Inhaber" aber konstruiert er, wie wir später sehen werden, mit Hülfe der „Kreationstheorie" als die Schaffung eines Gläubigerrechtes, welches an die nackte Thatsache der Papierinhabung und nur an sie geknüpft ist. Und indem er so den Inhaber als solchen selbst dann, wenn derselbe Dieb oder bloßer Bevollmächtigter ist, zum Gläubiger stempelt, jede dahinter-

stehende Gläubigerschaft des Papiereigentümers aber verneint, ist er glücklich der Notwendigkeit überhoben, dem unbequemen Gedanken des „Wertpapieres“ im Sinne einer als Trägerin des Rechtsverhältnisses fungierenden Urkunde Einlaß zu gewähren[1]).

Die Sprache des Entwurfes empfängt aber nicht bloß durch die Beschaffenheit der einzelnen Kunstausdrücke, sondern mehr noch durch die ganze Fassung der Rechtssätze ihr abstraktes, verkünsteltes, unvolkstümliches Gepräge.

Man rühmt die Kürze des Entwurfes, weil er nur 2164 Paragraphen zählt. Allein zunächst ist zu erwägen, daß in diesen 2164 Paragraphen eben nur ein Teil des Privatrechtes enthalten ist. Wir werden später noch davon zu sprechen haben, in wie ungebührlichem Maße der Entwurf teils die ihm gestellte Aufgabe auf besonderes Reichsrecht und Landesrecht abwälzt, teils Bestimmungen, die er selbst hätte treffen sollen, in das Einführungsgesetz verweist, teils die Formulierung grundlegender Sätze überhaupt verabsäumt. Wenn er die ganze Lehre von den Rechtsnormen in zwei Paragraphen abmacht, so wäre diese Kürze in der That bewundernswert, falls nur nicht das Allerwesentlichste übergangen wäre. Die Erledigung der „juristischen Personen“ in den §§ 41—63, von denen noch dazu fast die Hälfte sich bloß mit den Schicksalen des Vermögens ehemaliger juristischer Personen beschäftigt, wäre ein Meisterstück, wenn nur nicht leider selbst dieser Aufwand von 23 Paragraphen ihrem unbeschreiblich dürftigen Inhalt gegenüber noch als Luxus erschiene. Dagegen läßt es sich billig bezweifeln, ob es erforderlich war, von der Todeserklärung nicht nur in §§ 5—24 im allgemeinen, sondern an zahlreichen späteren Stellen in immer neuen Sonderbestimmungen zu handeln. Man sollte meinen, daß eine einmalige prinzipielle Festsetzung der rechtlichen Wirkungen der Todeserklärung diese durch den ganzen Entwurf zerstreuten Vorschriften über ihre Wirkung bei den einzelnen Rechtsverhältnissen größtenteils entbehrlich gemacht hätte. Ebenso liegt der Grund für die unverhältnismäßig große Zahl der dem Erbschaftskauf (§§ 488—501), dem Nießbrauch am Vermögen (§§ 1804—1841) und manchen anderen Instituten gewidmeten Paragraphen zum Teil in dem Mangel allgemeiner Bestimmungen über Vermögensganze[2]). Auch fehlt es nicht an durchaus überflüssigen Paragraphen. So würde man die Defi-

[1]) Über das Schwanken des Entwurfes hinsichtlich der Zugehörigkeit der Wertpapiere zu den „Sachen“ vgl. Cosack, Heft 13 der Beiträge S. 3.

[2]) Andere Beispiele unnötiger Breite bei Bekker S. 13 ff.

nition der Verwandtschaft in gerader und ungerader Linie und der vollbürtigen und halbbürtigen Verwandtschaft in § 30, die Feststellung der Bedeutungslosigkeit der Beifügung einer Rechtsbedingung in § 140, die Anordnung des § 1611 und ähnliche selbstverständliche Sätze schwerlich vermissen[1]). Vor allem aber kommt es doch nicht bloß auf die Zahl, sondern auch auf den Umfang der Paragraphen an. Schon äußerlich aber stellen sich viele derselben als vielgliederige Ungetüme dar. Sie zerfallen in mehrere, oft vier bis sieben „Absätze" und die Absätze wieder in „Sätze"; der Entwurf selbst citiert bei Verweisungen nach „Absatz" und „Satz". Und die einzelnen Sätze zeichnen sich keineswegs durch Kürze aus, sondern schwellen durch die Umständlichkeit des Ausdruckes, durch die Einschachtelung aller möglichen Voraussetzungen, Ausnahmen und Maßgaben und durch die Einfügung von Hinweisen auf andere Bestimmungen des Gesetzbuches nicht selten zu schwerfälligen und undurchsichtigen Perioden an[2]).

Der Entwurf sucht von vornherein in der Satzbildung wie in der Bildung der einzelnen Kunstwörter das **Abstrakte und Formelhafte** auf. Er sagt „der im ersten Absatz bezeichnete Zustand" (§ 28 Abs. 2), „die im ersten Absatz bezeichnete Besorgnis" (§ 29 Abs. 2) und so fort, wo „dieser Zustand", „diese Besorgnis" und Ähnliches genügen würde. Überhaupt operiert er gern mit „ersterem" und „letzterem" (vgl. z. B. §§ 919, 1390, 1165, 1263 Abs. 3, 1328 Z. 4). Verbindungen wie „in Ansehung", „mit der Maßgabe, daß", „wenn und soweit" u. s. w. erfreuen sich seiner besonderen Gunst. Er liebt es, Infinitive als Hauptwörter zu verwenden, und spricht z. B. davon, daß „das Ruhen der elterlichen Gewalt eingetreten ist" (vgl. § 1503 Abs. 2, besonders aber § 1543 Abs. 2: „Das Amt des Beistandes wird auch dann beendigt, wenn die elterliche Gewalt der Mutter in Ansehung der Angelegenheiten, für welche der Beistand bestellt ist, aufgehoben wird oder wenn das

[1]) Zahlreiche Beispiele selbstverständlicher Sätze bei **Bekker** S. 15—21 und **Ludwig Goldschmidt** S. 170—178 (Aussage von Naturnotwendigem oder Verneinung von Unmöglichem). **Goldschmidt** giebt auch eine Blütenlese von Wiederholungen und Tautologieen (S. 178 ff.), rein instruktionellen Vorschriften (S. 182 ff.) und theoretisierenden Sätzen (S. 188—197); doch geht er hier wie sonst in der Verwerfung aller belehrenden Aussprüche zu weit. Vgl. auch **Hölder** S. 158 ff., **Brückner** S. 234, **Zróbkowski** S. 29 ff.

[2]) Über Satzungetüme von 106, ja 115 Worten vgl. L. **Goldschmidt** S. 46. Auch **Bekker** S. 53 ff.; **Klöppel**, Beitr. z. Erl. des deutsch. Rechts Bd. 32 S. 618, Bd. 33 S. 64 ff.

Ruhen der elterlichen Gewalt der Mutter eingetreten ist."). Ebenso bevorzugt er Participialbildungen vor Stammwörtern. Vielfach trifft er im Familienrecht Fürsorge für den Fall, daß durch das Verhalten des Verwalters oder Nutznießers die Besorgnis einer „erheblichen Gefährdung des Rechtes auf Gewährung des Unterhaltes" begründet wird (§§ 1328, 1339 Abs. 4 und oft), während es sogar genauer wäre, nur von einer Gefährdung des Unterhaltes zu reden, da ja das „Recht" auf dessen Gewährung unberührt bleibt. Mit peinlicher Gewissenhaftigkeit stellt er der gütergemeinschaftlichen Erbfolge stets die Erbfolge gegenüber, welche stattfinden würde, „wenn zwischen den Ehegatten Gütergemeinschaft nicht bestanden hätte" (§ 1383 ff.), anstatt einfach auf die „gemeine Erbfolge" zu verweisen. Im Zusammenhange mit seiner romanistischen Grundauffassung des Erbrechtes, bei dessen Regelung er die letztwillige Verfügung voranstellt, die gesetzliche Erbfolge nur als subsidiäres Institut behandelt und die Pflichtteilsrechte als bloße Geldansprüche gegen den eingesetzten Erben ausgestaltet, glaubt er nun die „gesetzlichen Erben", sobald sie nicht zur Erbfolge gelangen, auch nicht mehr „gesetzliche Erben" nennen zu dürfen; er spricht daher von einem „Abkömmlinge und Elternteile, welcher als gesetzlicher Erbe zur Erbfolge berufen sein würde" (§ 1975), desgleichen von einer Person, welche gesetzlicher Erbe sein würde, wenn sie den Erblasser überlebt hätte (§ 1973) u. s. w.[1]).

In der Absicht, alle bloß belehrenden Sätze nach Möglichkeit zu vermeiden, verzichtet der Entwurf vielfach auch auf den Ausspruch oberster Prinzipien und leitender Gedanken, deren Voranstellung die Einzelheiten verdeutlichen und manche Detailvorschriften entbehrlich machen könnte. Ein großes nationales Gesetzbuch aber soll, sowenig es in die lehrbuchartige Manier des Preußischen Landrechtes verfallen darf, allerdings das Volk über die Grundlagen der Rechtsordnung und über den Zusammenhang der Rechtsinstitute belehren! Der Entwurf zieht es vor, den Schein des Lehrhaften fernzuhalten, um in Wahrheit desto doktrinärer verfahren zu können. Denn überall flicht er bestimmte Doktrinen, die er dem Leben auferlegen will, kunstvoll in die einzelnen positiven Rechtssätze hinein. So geht er schon der begrifflichen Formulierung der Rechtsinstitute scheinbar aus dem Wege und widmet nur selten einer Definition einen selbständigen Satz[2]). Dennoch ist er angefüllt von Legal-

[1]) Andere hierher gehörige Beispiele bei L. Goldschmidt S. 47—52 u. 169, zum Teil auch S. 39—42.

[2]) Über das rechte Maß im Definieren zutreffend Bekker S. 21 ff., der

definitionen, welche nur in der bescheideneren Form von Konditionalsätzen oder sonstigen Nebensätzen unter Beifügung einer das Stichwort einschließenden Klammer auftreten. Was mit dieser Methode, bei welcher vielfach die modernen Strafgesetzbücher als Muster vorgeschwebt zu haben scheinen, gewonnen werden soll, ist nicht ersichtlich: gewiß ist nur, daß solche Einschachtelungen den Satzbau verwickeln und das Verständnis erschweren. Sorglich hütet sich ferner der Entwurf vor jeder offenen Aussprache über das rechtliche Wesen eines Institutes. Allein er sucht die scheinbar gewährte Freiheit der juristischen Konstruktion nicht bloß durch die sachliche Ausgestaltung des Details im Sinne einer bestimmten doktrinären Anschauung zu unterbinden, sondern schon von der sprachlichen Seite her dadurch einzuengen, daß er durch die Wahl eigentümlicher und oft ungewöhnlicher Wendungen die von ihm angenommene Theorie in die einzelnen Rechtssätze hineinlegt und durch die geflissentliche Vermeidung der im Leben üblichen Ausdrucksweise die auf breiterer Grundlage entwickelten Auffassungen als unjuristisch kennzeichnet. Der unbefangene Leser aber, welcher von dem im Hintergrunde schlummernden romanistischen Dogma und von den verborgenen Feinheiten der aus ihm herausgesponnenen Konstruktion nichts ahnt, steht nun ratlos vor der seltsam verkünstelten Fassung der einfachsten Rechtssätze. Mit theoretischen Streitfragen will der Entwurf sich nicht befassen. Während er aber aus diesem Gesichtspunkte oft die Lösung der wichtigsten Fragen des modernen Rechtslebens ablehnt und beispielsweise die ganze Lehre von der Nichtrückwirkung der Gesetze und ebenso die ganze Materie der körperschaftlichen Sonderrechte in die Theorie verweist, hat er Raum für die Entscheidung untergeordneter romanistischer Kontroversen, welche vielfach sich lediglich um die Auslegung des Corpus juris drehen und nach Beseitigung seiner Geltung nur noch ein schulmäßiges Interesse bieten. Auch hieraus ergeben sich wiederum zahlreiche Rechtssätze, die jeden in die Kontroversenlitteratur des römischen Rechtes nicht eingeweihten Leser fremd und unverständlich anblicken. Und so bringt der Entwurf es schließlich fertig, zwar jede wirkliche Belehrung des Volkes über sein Recht durch seine Fassung auszuschließen, dafür jedoch in den schulmeisterlichsten Ton zu fallen, den jemals ein Gesetzbuch angeschlagen hat[1].

neben vielen überflüssigen Definitionen (S. 46) andere schwer entbehrliche (z. B. von „höherer Gewalt", „Spiel" S. 49) vermißt.

[1]) Mit großer Sorgfalt hat L. Goldschmidt S. 54—120 lehrhafte Abstraktionen und Distinktionen, wie sie im Entwurf als Obersätze auftreten, mit

Der Entwurf bemüht sich ferner, alle Kasuistik zu vermeiden. Indem er in strenger Befolgung dieses Grundsatzes fast niemals ein Beispiel giebt und selten nur unter den verschiedenen möglichen Fällen einen besonders häufigen, wichtigen oder charakteristischen Fall hervorhebt, beraubt er sich eines der hauptsächlichsten Mittel, um die Gesetzessprache zu beleben und dem volkstümlichen Verständnis zu nähern. Den einzigen Ersatz für einen solchen Verlust vermag ein großer Stil der allgemeinen Gesetzesregeln zu bieten. Denn auch abstrakte Sätze können mit sinnlicher Gewalt auf Geist und Gemüt einwirken, falls sie einfach und klar, schlicht und wuchtig gefaßt sind. Der Entwurf aber bricht nur mit der kasuistischen Methode, nicht mit dem kasuistischen Geist: er setzt gewissermaßen an die Stelle der konkreten Kasuistik eine abstrakte Kasuistik, welche die allgemeinen Regeln selbst in höchst verwickelte und undurchsichtige Formeln verwandelt. Überall sucht er sämtliche mögliche Fälle, die eine Regel umspannen soll, ausdrücklich anzuzeigen; er begnügt sich nicht mit der einmaligen Gleichstellung von Thatbeständen, sondern zählt jedesmal im einzelnen die verschiedenen Eventualitäten, bei denen ein Rechtssatz Anwendung finden soll, umständlich auf. Ebenso bemüht er sich umgekehrt, diejenigen Fälle, welche der Wortlaut einer Regel möglicherweise einzuschließen scheinen könnte, ohne daß sie doch mitgemeint sind, durch ausdrückliche Klauseln mit „es sei denn" oder „wenn nicht" u. s. w. auszuschließen; er belastet daher die einzelnen Sätze mit einer Fülle eingeschachtelter Ausnahmen und Vorbehalte. Dabei findet er oft mit großem Scharfsinn Möglichkeiten heraus, an die vielleicht noch niemand gedacht hat. Und derselbe Entwurf, der überall da, wo er schweigt, dem Richter die freieste Bewegung und eine fast souveräne Macht einräumt, sucht überall da, wo er spricht, seine Worte so ängstlich gegen Mißdeutungen zu verklausulieren, als sei der gesunde Menschenverstand des Richters ein Faktor, mit dem man überhaupt nicht rechnen könne[1]). Daß ein derartiges Verfahren schließlich nicht einmal sein

---

Einschluß der „verschämten" Definitionen, gesammelt und kritisiert. Doch überschreitet er auch hier in der Ablehnung das rechte Maß. Ein Gesetzbuch, das leitende Gedanken nicht ausspricht, Grundbegriffe nicht formuliert und den Zusammenhang nicht ausdrückt, kann nicht volkstümlich werden. Soll alles Grundsätzliche erst aus den Folgesätzen erschlossen werden, so gehört zum Verständnis eine das Durchschnittsmaß überragende juristische Bildung. Vgl. auch Petersen S. 10—11.

[1]) Über die fehlerhafte Sucht des Entwurfes, alles sagen zu wollen, vgl. auch Bekker S. 53 u. 55. Eine Zusammenstellung lehrhafter Folgesätze liefert

Ziel erreicht, liegt in der Natur der menschlichen Dinge begründet. Die unbedingte Genauigkeit und Sicherheit der Rechtsformeln, durch welche der Entwurf uns für die Einbuße an Schlichtheit und Volkstümlichkeit zu entschädigen hofft, bringt er sowenig wie irgend ein früherer Gesetzgeber zu stande[1]). Und wenn auch sämtliche Unebenheiten und Lücken, welche der vereinigte Scharfsinn der deutschen Juristen bei der Prüfung aller dieser kunstvoll gebauten Formeln entdecken mag, durch neue Einschaltungen beseitigt würden, so würde dennoch die wirkliche Anwendung des Gesetzbuches im Leben immer von neuem die Unzulänglichkeit solcher Gesetzgebungskunst offenbaren! Nicht, um Beiträge zu einer weiteren Verkünstelung der Gesetzesfassung zu liefern, sondern lediglich, um das Verfehlte der eingeschlagenen Richtung zu kennzeichnen, wollen wir einige Beispiele herausgreifen, bei denen die übertriebene Gewissenhaftigkeit des Entwurfes in der Formulierung schließlich zu absurden Ergebnissen führt. In § 1467 und gleichlautend in § 1572 wird als „Empfängniszeit" eines Kindes „die Zeit von dem einhundertundachtzigsten bis zu dem dreihundertsten Tage vor dem Tage der Geburt des Kindes, mit Einschluß sowohl des einhundertundachtzigsten als des dreihundertsten Tages" festgesetzt. Welcher Richter würde nun wohl, auch wenn er keine Vorlesung über gerichtliche Medizin gehört hat, auf den Gedanken verfallen, um des Wortlautes einer solchen Bestimmung willen zu der Empfängniszeit eines am 31. Dezember geborenen Kindes, dessen Mutter am 31. März desselben Jahres ein anderes Kind geboren hatte, auch die Zeit vom 9. bis zum 31. März zu rechnen? Der Entwurf aber befürchtet dies in der That und fügt daher in § 1467 einen eigenen Abs. 2 hinzu, um diese Auslegung zu versperren: „Ist die Ehefrau während dieser Zeit von einem Kinde entbunden worden, so gehört die vor die Entbindung fallende Zeit nicht zur Empfängniszeit des nachher geborenen Kindes." Ähnlich in § 1572 Abs. 2 Satz 2: „Ist die Mutter während dieser Zeit von einem Kinde entbunden, so gehört die vor

---

L. Goldschmidt S. 121—169, der nur wieder in der Verwerfung des Ausspruches jeder allenfalls erschließbaren Folgerung zu weit geht.

[1]) Eine Fülle von Ungenauigkeiten der Fassung ist dem Entwurf von seinen Beurteilern bereits nachgewiesen; wir werden später auf manche derselben stoßen. Beispiele bei L. Goldschmidt S. 17—23 und Bekker S. 22 ff., die beide darin übereinstimmen, daß vielfach gerade das Streben nach einer alle Zweifel ausschließenden Genauigkeit, die übertriebene Sorgsamkeit und die pedantische Gewissenhaftigkeit die Ungenauigkeit verschulden.

die Entbindung fallende Zeit nicht zur Empfängniszeit des nachher geborenen Kindes" [1]). Man male sich nun die Folgen aus, welche entstehen müssen, wenn der Richter, nachdem er so zur Buchstabeninterpretation geradezu angewiesen ist, sich wirklich an den Wortlaut hält. Wir sehen davon ab, daß er unweigerlich schon den Tag nach der Entbindung zur Empfängniszeit des nachfolgenden Kindes rechnen muß. Denn jedenfalls ist es ein noch weit erstaunlicheres Ergebnis, daß er im Falle einer Zwillingsgeburt für die Empfängniszeit des zweitgeborenen Kindes nur einen Zeitraum von vielleicht einer Stunde ansetzen darf. Werden also am Tage nach der Hochzeit Zwillinge geboren, so ist das eine dieser Kinder erst in der Ehe empfangen. Erscheint nach dem Tode des Mannes ein Zwillingspaar, so befindet sich darunter unrettbar ein uneheliches Kind! Der außereheliche Schwängerer aber braucht, wenn eine Zwillingsgeburt erfolgt, nur das erstgeborene Kind als das seine anzuerkennen und zu versorgen! Man vergleiche ferner die sorgfältig ausgearbeiteten Paragraphen 1583—1600 über die „Legitimation durch Ehelichkeitserklärung", bei welcher „ein uneheliches Kind durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ein eheliches Kind seines Vaters erklärt wird". „Zur Ehelichkeitserklärung ist die Einwilligung des Kindes und, sofern der Vater verheiratet ist, auch die Einwilligung der Ehefrau desselben erforderlich" (§ 1587). Diese Einwilligung „kann nicht durch einen Vertreter, insbesondere auch nicht durch den gesetzlichen Vertreter, erfolgen" (§ 1588 Satz 1). Hiervon giebt es nur eine Ausnahme: „Hat jedoch das Kind das vierzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt, so kann die Einwilligung für dasselbe durch den gesetzlichen Vertreter erteilt werden" (§ 1588 Satz 2). Somit ist die Ehelichkeitserklärung eines geisteskranken Kindes über vierzehn Jahre überhaupt ausgeschlossen. Ebenso aber ist jede Ehelichkeitserklärung unmöglich, wenn die Ehefrau des Vaters unheilbar geisteskrank ist. (Als Ehescheidungsgrund ist unheilbare Geisteskrankheit nicht anerkannt.) Denn daß von der Einwilligung der Frau nicht etwa abgesehen werden kann, ergiebt die Fürsorglichkeit, mit welcher der Entwurf alle ausdehnende Interpretation abzuwehren sucht, indem er § 1587 sogar einen eigenen Satz 2 für notwendig erachtet, welcher lautet: „Die Einwilligung der Ehefrau des Vaters ist nicht erforderlich, wenn die Ehefrau für tot erklärt ist." Die §§ 1589 und

[1]) Vgl. auch Bekker S. 20 u. L. Goldschmidt S. 173 über die Ungehörigkeit einer gesetzlichen Formulierung dieser „gynäkologischen Wahrheit".

1590, welche weitere kunstvoll ersonnene Sätze über die Fälle, in denen der Vater, die Ehefrau oder das Kind „in der Geschäftsfähigkeit beschränkt“ sind, und über die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes bringen, gewähren keine Abhülfe. Ein ganz ähnliches Resultat ergeben die §§ 1606 bis 1619, welche den Vertragsschluß und die erforderliche Einwilligung oder Genehmigung Dritter bei der Annahme an Kindes Statt regeln. Hat man sich durch diese unglaublich verwickelten und verschrobenen Bestimmungen hindurchgearbeitet, so bemerkt man, daß es schlechthin keine Möglichkeit giebt, ein geisteskrankes Kind über vierzehn Jahre zu adoptieren (§ 1612); daß ebenso ein Ehegatte, dessen Ehefrau oder Ehegatte unheilbar geisteskrank ist, jeder Möglichkeit entbehrt, sich den Trost eines angenommenen Kindes zu verschaffen (§§ 1606 und 1614); daß man auch den Ehegatten eines Geisteskranken nicht adoptieren kann (§§ 1609 und 1614); daß endlich die Annahme eines Kindes, dessen Vater oder Mutter geisteskrank ist, aufgeschoben werden muß, bis dieses Kind das 25. Lebensjahr vollendet hat (§§ 1610 und 1614). Eine gewisse Entschädigung für diese Lücken gewährt freilich der Gesetzgeber durch die weitherzigen Bestimmungen des § 1611. Denn damit nur ja nicht ein Gericht auf den Gedanken verfalle, die Beibringung von Konsensen aus dem Jenseits zu verlangen, dispensiert er selbst von der Befragung verstorbener Ehegatten und Eltern: „Die in den §§ 1606, 1609, 1610 vorgeschriebene Einwilligung eines Dritten ist nicht erforderlich, wenn der Dritte gestorben oder für tot erklärt ist.“ Auch läßt er die „Einwilligung“ in den Vertrag durch dessen „Genehmigung“ vor der gerichtlichen Bestätigung ersetzen. Ein anderes Beispiel sehr umständlicher Fassung bietet der § 1569: „Das uneheliche Kind erhält den Familiennamen der Mutter und, wenn diese durch Schließung einer Ehe den Familiennamen des Ehemannes erhalten hat, den Familiennamen, welchen die Mutter vor Schließung der Ehe geführt hat.“ Warum heißt es denn nicht einfach, daß das uneheliche Kind den „Geschlechtsnamen“ oder den „Geburtsnamen“ oder den „Mädchennamen“ oder den „ursprünglichen Familiennamen“ der Mutter erhält? Wahrscheinlich deshalb nicht, weil sie ja als Mädchen ihren Namen geändert haben kann! Vielleicht wurde sie adoptiert (§ 1622)! Nun aber ist die Fassung erst recht zweideutig ausgefallen. Denn aus dem Wortlaut kann man herauslesen, daß das uneheliche Kind einer zweimal verwitweten Frau den Namen ihres ersten Mannes zu führen hat. Schließlich mag nur noch darauf hingewiesen sein, wie wenig die

höchst kasuistisch gedachten Bestimmungen über Todeserklärung jeden Zweifel abschneiden und allen Bedürfnissen gerecht werden. So fehlen neben den speciellen Vorschriften über den Eintritt der Verschollenheit in den Fällen der Teilnahme an einem Kriege oder an einer Seefahrt besondere Regeln für den Fall des Verschwindens unter ähnlich gefahrdrohenden Umständen. Warum soll aber z. B. der Luftschiffer, dessen Ballon dem Meere zufliegt und nicht zurückkehrt, anders als der Seefahrer behandelt werden?

Alle diese Mängel der Fassung, mit denen sich noch eine unnötige Breite und pedantische Umständlichkeit des Ausdruckes und namentlich die Neigung zur formelhaften Wiederholung der vollen Bezeichnung von Personen und Dingen verknüpft[1]), bewirken ein der angestrebten Prägnanz und Kürze sehr entgegengesetztes Ergebnis. Sie gestalten die Sprache des Entwurfes zu einem absonderlichen Idiom, das sich vom echten Deutsch durch mancherlei versteckte Feinheiten, vor allem aber durch Schwerfälligkeit, Künstlichkeit und Unverständlichkeit unterscheidet. Man liest sich ja nach Überwindung einiger Mühe auch in diese Abart des Juristendeutsch hinein. Allein wahrhaft heimisch kann man sich darin nur fühlen, solange man vergißt, daß es sich um ein deutsches Gesetzbuch handelt, oder aber gewaltsam die Empfindung für das Gesunde und Natürliche zurückdrängt. Und wenn man außer dem Zusammenhange einer fortlaufenden Lektüre eine Stelle des Textes aufschlägt und zu deuten versucht, so stutzt man immer wieder und glaubt vor einer halb verlernten Fremdsprache zu stehen. Wie schleppend und unanschaulich muß z. B. dem unvorbereiteten Leser, welcher probeweise hineingreift, die Fassung der §§ 107, 127 Abs. 1, 940, 1257—1258, 1612—1613, 1629, 1703 Abs. 2 und 2056 Abs. 2 oder der §§ 1511 Z. 1 und 2 und 1674 Z. 1 und 2 mit ihrer weitläufigen Darlegung der als Veräußerung unbeweglicher Sachen zu erachtenden Rechtshandlungen oder des § 1669 mit seinen zahlreichen Verklausulierungen sich präsentieren! Wie verkünstelt die Fassung der §§ 1369, 1381, 1555, des § 2026 Abs. 2 oder des § 1326 Abs. 2: „Ist die Ehefrau selbst zum Vormunde (ihres Mannes) bestellt, so ist sie in Ansehung der zur Vornahme ihrer Rechtsgeschäfte und zur Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten erforderlichen Einwilligung des Ehemannes von dessen Vertretung nicht ausgeschlossen!" Doch wir müßten den halben Entwurf herschreiben, wollten wir von dem Umfange seiner

[1]) Vgl. L. Goldschmidt S. 13 ff.

sprachlichen Entartung ein Bild geben[1]). Wir wollen daher nur noch auf zwei besonders hervorstechende Eigentümlichkeiten der geplanten Gesetzesfassung einen Blick werfen.

Die erste dieser Eigentümlichkeiten besteht in der übermäßigen Verwendung der Fiktion. Überaus häufig scheut der Entwurf vor der Aussage zurück, daß etwas ist oder nicht ist. Dafür formuliert er dann Regeln, nach denen etwas in diesem oder jenem Sinn oder für dieses oder jenes Verhältnis als vorhanden oder als nicht vorhanden „gilt". In unzähligen Fällen schreibt er vor, daß es „so anzusehen" ist, als sei etwas da, was nicht da ist, oder als sei etwas nicht da, was da ist, oder als sei etwas nicht das, was es ist, sondern etwas anderes. Sehr oft sollen unter bestimmten Voraussetzungen die Rechtssätze gelten, welche gelten würden, wenn ein in Wirklichkeit eingetretener Thatbestand nicht eingetreten oder ein in Wirklichkeit nicht erzielter Erfolg erzielt wäre. Die Rechtsverhältnisse werden vielfach nicht an sich selbst gemessen, sondern zunächst einmal künstlich einem anderen Rechtsverhältnis gleichgestellt und sodann durch Wegdenkung der Gleichstellung in dieser oder jener Beziehung differenziert. Durch die Aufnahme so massenhafter fiktiver Elemente wollte man vermutlich das System der juristischen Begriffe zum Teil vereinfachen und zum Teil verselbständigen. Dieser Erfolg ist in mancher Hinsicht nur zu gut erreicht: die Vereinfachung der Begriffe streift an eine Verödung der juristischen Gedankenwelt, und ihre Verselbständigung steigert sich zur Vergewaltigung des Lebens! In welchem Maße aber dieses Heer von Fiktionen wiederum dazu beitragen muß, die Fassung der einzelnen Rechtssätze unlebendig und unvolkstümlich zu gestalten, liegt auf der Hand. Wir müssen uns auch hier auf die Anführung einiger Beispiele beschränken und sehen dabei von den bedenklichsten Fiktionen ganz ab, weil dieselben zugleich den materiellen Gehalt der Rechtssätze im Innersten bestimmen. So werden wir erst später davon zu reden haben, daß der Entwurf die ganze Lehre von den juristischen Personen auf den Gedanken der persona ficta baut; daß er auch im Gemeinschafts- und Gesellschaftsrecht keine Personeinheit kennt und nur mit fiktiven Mitteln etwas ihr Ähnliches zu stande bringt; daß er ebenso bei Sachgesamtheiten

[1]) Bekker S. 53—54 schließt eine lange Liste mißratener Sätze mit der Abbitte der „bitterbösen Ungerechtigkeit", welche hierbei gegen zahlreiche gleich gut zur Einstellung berechtigte Paragraphen begangen sei. Vgl. auch die Beispiele gespreizter, gekünstelter, pedantischer Ausdrucksweise bei L. Goldschmidt S. 42 ff.



und Vermögensinbegriffen jede objektive Einheit im Prinzip verneint und dennoch künstlich etwas wie ein Ganzes herstellt, weshalb er z. B. die Lehre vom Nießbrauch an einem Vermögen in § 1038 mit den Worten beginnt: „Der Nießbrauch an dem ganzen Vermögen einer Person ist als Nießbrauch an den einzelnen zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen zu beurteilen, soweit nicht in den §§ 1039—1042 ein anderes bestimmt ist." Dagegen ist es in erster Linie die äußere Gesetzesfassung, welche beispielsweise durch die verkünstelte Konstruktion der Einwirkungen einer „öffentlichen Hinterlegung" des Leistungsgegenstandes seitens des dazu befugten Schuldners auf den Bestand des Schuldverhältnisses benachteiligt wird (§§ 272—277). Denn zuerst heißt es hier: „Durch die Hinterlegung wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit in gleicher Art befreit wie durch die Leistung an den Gläubiger" (§ 272 Abs. 2). Hinterher aber wird nicht nur bestimmt, daß „die durch die Hinterlegung aufgehobene Schuldverbindlichkeit mit Rückwirkung wieder auflebt", falls der Schuldner von seinem Recht der Zurücknahme Gebrauch macht (§ 274), sondern es wird auch angeordnet, daß schon vorher, „wenn und solange das Recht der Zurücknahme besteht, ungeachtet der durch die Hinterlegung bewirkten Aufhebung der Schuldverpflichtung ein Recht nicht geltend gemacht werden kann, welches von der Befriedigung des Gläubigers abhängig ist" (§ 276). In Wahrheit ist also das Schuldverhältnis durch die Hinterlegung noch keineswegs in gleicher Art wie durch die Leistung an den Gläubiger aufgehoben! Nicht minder verwirrend muß es wirken, wenn in § 704 nach Unterscheidung der nur eine Schadenzufügung und der zugleich die Verletzung des Rechtes eines anderen enthaltenden widerrechtlichen Handlungen gesagt wird: „Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen." Wird hierdurch nicht der Schein erweckt, als handle es sich dabei eigentlich nicht um „Rechte"? Und doch sind es die obersten Rechte der Persönlichkeit, welche mit einer solchen Quasianerkennung abgefunden werden! Auf romanistischer Engherzigkeit beruht weiter die Fassung des Begriffes der Reallasten (§ 1051) und der Grundschuld (§ 1135). Selbst wer aber an den verkünstelten Definitionen, welche den deutschrechtlichen Gedanken wirklicher Grundlasten und Grundschulden wegzudeuten suchen, keinen Anstoß genommen hat, wird nicht ohne Verwunderung in § 1140 lesen: „Der Grundschuldgläubiger kann nach Maßgabe des § 1135 von

der Grundschuldsumme Verzugszinsen verlangen, wenn gegenüber dem Eigentümer des belasteten Grundstückes die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen ein Schuldner in Verzug kommen würde." Sieht er sich nun den § 1135 noch einmal genau an, so entdeckt er, daß nach der Auffassung des Entwurfes der Eigentümer des Grundstückes in der That nichts schuldet, da sich der Inhalt der sogenannten Grundschuld darin erschöpft, „daß eine bestimmte Person berechtigt ist, zu verlangen, daß für sie eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsvollstreckung beigetrieben werde". Ein Schuldner ist überhaupt nicht vorhanden! Der Grundeigentümer aber, der zu seiner freudigen Überraschung erfährt, daß er kein Schuldner ist, wird schnell wieder enttäuscht, indem er gleichwohl wie ein Schuldner behandelt und bei Zahlungsverzug als säumiger Schuldner fingiert wird! Eine höchst unglückliche Idee ist es ferner, daß das von der Eintragung ins Schiffsregister abhängig gemachte Pfandrecht an Seeschiffen unter die Rubrik des „Faustpfandrechtes" eingereiht (§ 1196 ff.) und demgemäß in § 1197 bestimmt wird: „Auf das in das Schiffsregister eingetragene Pfandrecht finden die Vorschriften über das Faustpfandrecht nur insoweit Anwendung, als nicht aus dem Umstande, daß das Pfandrecht mit der Inhabung des Schiffes nicht verbunden ist, und aus den §§ 1198—1204 ein anderes sich ergiebt." Zum Überfluß wird in § 1199 noch ausdrücklich hinzugefügt: „Das mittels Eintragung in das Schiffsregister begründete Pfandrecht berechtigt den Pfandgläubiger nicht zur Inhabung des Schiffes." Ist es denn aber mit einem nicht völlig abgestumpften Sprachgefühl vereinbar, von einem Faustpfandrecht ohne Inhabung zu sprechen? Unnötig in das Fiktive gewandt ist auch die Fassung des § 1245 Abs. 2: „Wenn ein Standesbeamter außerhalb seines Amtsbezirkes oder bei der Schließung seiner eigenen Ehe als Standesbeamter handelt, so gilt er nicht als Standesbeamter." Wie verschroben ist ferner der Ausdruck des § 1541 Abs. 1, wo es von dem einer Mutter als „Inhaber der elterlichen Gewalt" bestellten Beistande heißt: „Die Genehmigung des Beistandes ist innerhalb seines Wirkungskreises zu jedem Rechtsgeschäfte erforderlich, zu welchem, wenn es von einem Vormunde vorgenommen würde, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes oder die Genehmigung des Gegenvormundes erforderlich sein würde, es sei denn, daß zu dem Rechtsgeschäfte, wenn der Vater der Inhaber der elterlichen Gewalt wäre, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich sein würde.

Die Genehmigung des Beistandes wird durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ersetzt." Oder des § 1567: „Ist eine anfechtbare Ehe angefochten, so finden die Vorschriften der §§ 1562—1566 (nämlich über Kinder aus nichtigen Ehen) mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Kenntnis der Anfechtbarkeit der Kenntnis der Nichtigkeit gleichsteht und daß im Falle der Anfechtung der Ehe wegen Drohung der anfechtungsberechtigte Ehegatte dem Ehegatten gleichsteht, welcher die Nichtigkeit der Ehe nicht gekannt und dessen Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat" (dazu vergleiche man auch §§ 1257, 1260 und 1270). Zuletzt mag noch die Fiktion des § 2053 hervorgehoben werden. Der Entwurf hat den deutschrechtlichen Satz „der Tote erbt den Lebendigen" aufgenommen (§ 2051), verneint dagegen die Erbengewere: „Der Besitz und die Inhabung der zur Erbschaft gehörenden Sachen gehen nicht kraft des Gesetzes auf den Erben über" (§ 2052). Allein in einer gewissen Richtung wird gleichwohl der Erbe sofort als Besitzer fingiert, indem es in § 2053 heißt: „Hat ein Dritter in Ansehung einer Sache, welche bei dem Tode des Erblassers in dessen Besitze oder Inhabung war, bevor der Erbe Besitzer oder Inhaber geworden ist, eine Handlung vorgenommen, welche, wenn der Besitz oder die Inhabung mit dem Erbfalle auf den Erben übergegangen wäre, verbotene Eigenmacht gewesen sein würde, oder hat ein Dritter den Besitz oder die Inhabung einer solchen Sache vor dem Erben erlangt, so stehen dem Erben gegen den Dritten dieselben Rechte zu, wie wenn der Erbe mit dem Erbfalle Besitzer oder Inhaber der Sache geworden wäre." Eigentlich also war kein Besitz vorhanden, und jedermann konnte zugreifen, ohne verbotene Eigenmacht zu begehen. Allein da die Folgen unerträglich wären, werden „Besitz und Inhabung" und „verbotene Eigenmacht" fingiert! Wer von diesen Beispielen nicht schon übersättigt ist, prüfe etwa noch die §§ 255 Abs. 2, 877 Satz 2, 1168 Abs. 2, 1313, 1328 Z. 2 und 1387 auf ihre durch Fiktionen entstellte Fassung[1]).

Schließlich müssen wir als eine der verhängnisvollsten redaktionellen Eigentümlichkeiten des Entwurfes das Übermaß seiner Verweisungen hervorheben. Der Entwurf citiert unaufhörlich sich selbst. Er führt aber nicht etwa nach Art des sächsischen Gesetzbuches am Schluß der einzelnen Paragraphen in Klammern die zum vollen Verständnis erforderlichen anderen Paragraphen an: überall

[1]) Über und gegen die massenhaften Fiktionen im Entwurf vgl. auch L. Goldschmidt S. 44—45 und Fischer S. 24—25.

vielmehr verwebt er die Zahlzeichen für frühere oder spätere Gesetzesstellen in den Satzbau und macht sie so zu integrierenden Bestandteilen des Textes. Zum Teil ist er dergestalt mit Zahlen gespickt, daß man fast glauben könnte, eine Logarithmentafel vor sich zu haben. Daß eine derartige Formgebung geschmackvoll sei, wird wohl niemand behaupten. Sie ist aber auch durchaus unangemessen und eines großen Gesetzbuches geradezu unwürdig. Einer erheblichen Zahl von Rechtssätzen raubt sie jede Wucht und jede Unmittelbarkeit des Eindruckes. Wenn sonst noch mitunter eine Spur von Lapidarstil begegnet, so ist hier die Sprache des Gesetzes vollkommen verwässert und auf den Ton einer Instruktion für den Bureaudienst herabgestimmt. Vor allem jedoch wird durch diese Verweisungen das Verständnis der Rechtssätze auf das äußerste erschwert und die Möglichkeit einer volkstümlichen Rechtskenntnis schonungslos abgeschnitten. Denn schon um den einfachen Wortsinn zu ermitteln, bedarf es ja nun eines unaufhörlichen Hin- und Herschlagens. Und vielfach genügt es keineswegs, die angeführten Paragraphen aufzuschlagen. Denn in diesen finden sich neue Verweisungen, die zu weiteren Nachforschungen nötigen. Ja, nicht selten stößt man zum dritten Male auf eine fernere Verweisung! Insoweit dabei der Entwurf lediglich die Anwendung oder Nichtanwendung der an anderen Stellen gegebenen Vorschriften auf das durch Citate normierte Verhältnis fordert, handelt es sich immerhin nur um eine äußere Unbequemlichkeit. In den allermeisten Fällen aber läuft die Sache durchaus nicht so glatt ab. Der Entwurf verlangt vielmehr eine „entsprechende Anwendung“ und belastet durch diese bis zur tödlichen Ermüdung wiederholte Klausel den Leser mit einer höchst verwickelten Operation, welche nicht bloß der Laie fast niemals auszuführen im stande ist, sondern auch der Jurist oft nicht ohne die tristigsten Zweifel und die stärkste Unsicherheit vollziehen kann. Denn wer nicht in die geheimsten Gedanken dieses Entwurfes eingeweiht ist, wird schwerlich stets das beabsichtigte Maß von gleicher und ungleicher Behandlung der durch die Citate verkoppelten Rechtsverhältnisse erraten. An vielen Stellen giebt freilich der Entwurf selbst eine nähere Anweisung für das einzuschlagende Verfahren. Die „entsprechende Anwendung“ soll „mit der Maßgabe“ Platz greifen, daß dabei Stücke der angeführten Paragraphen wegfallen oder Einschiebungen in dieselben stattfinden oder Teile derselben durch andere Vorschriften ersetzt werden. Allein hierdurch wird nicht nur die Gesetzesfassung in noch unerhörterer und unerträglicherer Weise entstellt, sondern es werden auch neue Schwierigkeiten der Auslegung

geschaffen. Oft verkehren die „Maßgaben“ den ursprünglichen Sinn eines Satzes geradezu in sein Gegenteil. Mitunter sind die durch Verweisungen hergestellten Normen aus den Fragmenten verschiedener Paragraphen zusammengestückelt. Es kommt vor, daß dem einen Citat der Vordersatz und einem anderen der Nachsatz entnommen und sodann bei der Verknüpfung solcher Bruchstücke noch dies oder jenes hinzugethan oder entfernt werden soll. Durch ängstliche Restriktionen und Distinktionen wird häufig derselbe Richter, dem soeben in der Hauptsache eine Blankettvollmacht erteilt ist, in Nebenpunkten an den Buchstaben gefesselt. Es scheint unausbleiblich, daß eine derartige Gesetzesfassung eine heillose Verwirrung hervorrufen muß. Will man derselben vielleicht durch eine Bestimmung des Einführungsgesetzes vorbeugen, durch welche die Kommission, die dem Gesetzbuch seinen Geist eingehaucht hat, in Permanenz erklärt und nach bekanntem Muster zur „Gesetzeskommission“ erhoben wird, um über Zweifel zu belehren? Wie gründlich der Schein der Kürze verfliegt, sobald dieses Verweisungssystem scharf ins Auge gefaßt wird, ist leicht einzusehen. Denkt man sich alle diese Citate aufgelöst und statt der Zahlzeichen die durch sie vertretenen Worte eingesetzt, so würde der Umfang des Entwurfes ins Ungeheuerliche anschwellen. Dabei ist zu beachten, daß neben den Verweisungen auf die eigenen Paragraphen auch noch zahlreiche ähnliche Verweisungen auf die Civilprozeßordnung und die Konkursordnung begegnen. Wir haben es hier in der That mit einer redaktionellen Eigentümlichkeit zu thun, für welche es in der Gesetzgebung aller Zeiten an einem Vorbilde fehlt. Denn sowenig sich Verweisungen ganz vermeiden lassen, so wurden sie doch bisher mehr oder minder als ein notwendiges Übel betrachtet. Der Entwurf dagegen scheint in ihnen die eigentliche Blüte der Gesetzessprache zu erblicken und bildet sie zu einem kunstvoll gefügten Systeme aus, das er mit einer Art von Fanatismus durchführt. Und es ist nichts Zufälliges, daß für ihn in einer derartigen Formgebung gewissermaßen die Gesetzestechnik gipfelt. Steht doch das Mechanische, Formelhafte, Fiktive des Verfahrens in schönster Harmonie mit seinem innersten Wesen! Bot sich doch so die Möglichkeit, schon äußerlich in alle Gebilde des Gemeinschaftsrechtes die abstrakte individualistische Schablone hineinzutragen! Ließ sich doch kein geeigneteres Mittel ersinnen, um von vornherein das künftige Recht zum reinen Juristenrecht zu stempeln und dem Volke selbst den Versuch einer Kenntnisnahme von seinem Recht zu verleiden!

Wer den Entwurf in die Hand nimmt, wird bei der Überfülle der durch den ganzen Entwurf zerstreuten Verweisungen mit leichter Mühe die Probe auf das Gesagte anstellen können. Es sei hier nur auf einige besonders charakteristische Beispiele aufmerksam gemacht. Am freiesten von Citaten hält sich natürlich der Allgemeine Teil. Doch schreibt z. B. der § 67 die „entsprechende Anwendung" der §§ 1511, 1513, 1674—1676 mit zwei verschiedenen „Maßgaben" vor. In § 1513 ist wieder auf § 1511 und § 1675, in § 1675 auf § 1669, in § 1676 auf § 769 Abs. 2 verwiesen. Schlägt man § 1669 auf, so wird man auf §§ 1671, 1674, 1668 und 1666 Abs. 2 geführt. Von diesen verweist § 1671 wieder auf § 1670, § 1666 Abs. 2 auf §§ 1664 und 1665, § 1668 auf § 1696. Und § 1696 bringt gar eine Verweisung fünfter Potenz auf § 338! — Aus dem Obligationenrecht seien §§ 298, 398 und 404 hervorgehoben. Der letztgenannte Paragraph gewährt beim Viehhandel dem Käufer, dem in Abs. 1 die Minderungsklage abgesprochen ist, in Abs. 2 das Wandlungsrecht „auch in den Fällen des § 430", legt ihm aber in diesen Fällen die Verbindlichkeit zur Erstattung des Wertes des empfangenen Tieres auf. Der § 430 handelt von dem Ausschluß des Rücktrittsrechtes bei Verträgen durch eine vom Rücktrittsberechtigten herbeigeführte Unmöglichkeit der Zurückgabe eines empfangenen Gegenstandes. Im Anschlusse an dessen Wortlaut verfügt nun der § 404: „Der Wert bestimmt sich nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erwerber die nach den Vorschriften des § 430 die Wandlung ausschließende Handlung vorgenommen hat." Diese Handlung aber ist eine solche, welche eben nach § 404 die Wandlung nicht ausschließt. — Das Sachenrecht operiert mit Hunderten von Verweisungen unter denen die in §§ 879, 896 mit 895, 934, 944, 945, 1125 und 1209, besonders aber die in §§ 940 und 1182 als Beispiele genannt sein mögen. Der § 940 lautet: „Hat der Inhaber einer beweglichen Sache, welche ihm von einem Nichteigentümer verpfändet ist, das Pfandrecht an derselben nur auf Grund der im § 879 Satz 2 und im § 1147 enthaltenen Vorschriften nicht erworben, so finden die Vorschriften des § 939 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß der Inhaber Ersatz desjenigen fordern kann, was er dem Schuldner gegen Empfang des Pfandes geleistet hat." Ist es erlaubt, einen wichtigen Rechtssatz in einem so zusammengeflickten Kleide zu bieten? Und welche Fülle von Citaten, die wieder auf neue Citate führen, enthält der angezogene § 1147! Auch § 939, der seinerseits ebenfalls mit dem Hinweis auf § 879 Satz 2 unglücklich genug

redigiert ist, verweist überdies auf § 880. Man lese ferner § 1182: „Ist eine bewegliche Sache als Pfand im Wege der Zwangsvollstreckung oder außerhalb der letzteren im Wege der öffentlichen Versteigerung nach Maßgabe des § 1171 oder aus freier Hand nach Maßgabe des § 1174 veräußert worden, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zustand oder derselbe zur Veräußerung befugt war, so finden die Vorschriften der §§ 877, 878, 880 entsprechende Anwendung, auch wenn die nach den Vorschriften des § 879 Satz 2 die Anwendbarkeit der §§ 877, 878 ausschließenden Voraussetzungen vorliegen." Von den hier zu einem so mißgestalteten Satz verbundenen Paragraphen verweist § 880 wieder auf § 748 Abs. 3 und §§ 877—879, sodann § 748 Abs. 3 auf §§ 737 Abs. 3, 739, 740, 741 Abs. 2 und § 879 auf § 805, weiter § 741 Abs. 2 auf § 244 und schließlich § 244 allgemein auf gewisse Bestimmungen über den Eigentumsanspruch. — Am schlimmsten steht es in dieser wie in mancher anderen Hinsicht um das Familienrecht, das von volkstümlicher Fassung sich scheinbar absichtlich am weitesten entfernt. Nicht ohne einen erheblichen Aufwand von rechnerischer Kunst und juristischem Scharfsinn wird ein im gesetzlichen Güterstande lebender Ehemann herauszubringen im stande sein, was ihm der Entwurf durch die Verweisungen auf die entsprechende Anwendung von Bestimmungen über „Nießbrauch" und „Auftrag" und durch die dann wieder eingestreuten Restriktionen solcher Übertragung an Rechten und Pflichten bezüglich des Vermögens seiner Frau eigentlich zuerteilt (vgl. z. B. §§ 1292, 1295, 1322—1325, 1327 Abs. 2). Noch verwickeltere Operationen muß ein Ehepaar, welches die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart hat, behufs Ermittelung seines Rechtszustandes vornehmen (vgl. z. B. §§ 1344, 1350, 1351, 1362). Die Schwierigkeiten steigern sich bei der gütergemeinschaftlichen Erbfolge und bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft. So wird z. B. in § 1385 der Ehegatte hinsichtlich des dem anderen Ehegatten zustehenden gütergemeinschaftlichen Erbrechtes auf „entsprechende Anwendung" der Vorschriften über das durch Erbeinsetzungsvertrag begründete Erbrecht verwiesen, erfährt aber aus einem Zusatz: „Der Erblasser kann jedoch in Ansehung desjenigen Bruchteiles, um welchen der Erbteil des überlebenden Ehegatten infolge des Wegfalles eines nach den Vorschriften des § 1792 als verstorben anzusehenden einseitigen Abkömmlings sich erhöht, ohne Rücksicht auf das Erbrecht des überlebenden Ehegatten von Todes wegen verfügen." In § 1792 findet er die Fiktion: „Wenn ein gesetzlicher Erbe die Erbschaft ausschlägt

oder durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist, so ist er in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge als vor dem Erbfalle gestorben anzusehen." Nun mag er selbst sich ausrechnen, welchen „einseitigen Abkömmling" er als tot zu betrauern hat und inwieweit sich damit sein Verfügungsrecht erweitert. Daß bei der Errungenschaftsgemeinschaft und bei der Fahrnisgemeinschaft die Zurückverweisungen auf frühere Abschnitte ein große Rolle spielen, ist nicht wohl vermeidlich. Sätze aber, wie sie z. B. den ersten und dritten Absatz des § 1430 bilden, dürften doch nicht vorkommen (Abs. 3 lautet: „Die Vorschriften des § 1331 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 finden in den Fällen des ersten und zweiten Absatzes mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Vorschrift des § 1331 Abs. 1 Satz 2 auch für das Vorbehaltsgut des Ehemannes gilt."). Ganz unerträglich ferner ist die Fülle der Verweisungen bei der Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Denn wenn nicht einmal dieses einfachste und natürlichste Verhältnis der menschlichen Gesellschaft aus seinem eigenen Wesen heraus normiert wird, sondern Vater und Mutter die Rechte und Pflichten, die ihnen hinsichtlich der Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes zugeschrieben werden, erst aus den verschiedenen Abschnitten des Vormundschaftsrechtes zusammensuchen müssen (§ 1503) und dann wieder hinsichtlich der Nutznießung auf allerlei entsprechend anzuwendende und andere nicht oder mit Modifikationen anzuwendende Sätze des Nießbrauchsrechtes verwiesen werden (vgl. z. B. §§ 1524 bis 1526), so werden durch eine derartige Gesetzesfassung die Dinge geradezu auf den Kopf gestellt. Aus anderen Abschnitten des Familienrechtes mögen als Blüten des Verweisungsstiles noch § 1454 und § 1623 bezeichnet sein. Oft hat man den Eindruck, als werde die Einfügung der Zahlzeichen in den Text um ihrer selbst willen gesucht. Warum hätte man sonst z. B. in den §§ 1336—1337 statt der dreimaligen Wiederholung der Worte „nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 1434—1437 veröffentlicht" nicht wenigstens zweimal bloß „gehörig veröffentlicht" gesagt? — Daß schließlich auch im Erbrecht mit Verweisungen nicht gespart wird, lehrt der Augenschein. Wir begnügen uns auf § 1828 Abs. 2 und 3, § 1840, § 1886, § 1949 und § 2020 hinzudeuten[1]).

[1]) Vgl. Bekker S. 55—57; L. Goldschmidt S. 45—46 (wo in § 1115 eine Verweisung sechster Potenz aufgezeigt wird); Menger S. 12; Hachenburg, Ann. der bad. Ger. a. a. O. S. 335; Kuntze, Betrachtungen S. 12 ff.; Petersen S. 11—12.

Das ist die Sprache, die das deutsche Gesetzbuch reden will! Wahrlich ein Unikum! Denn welches Gesetzbuch alter oder neuer Zeit hätte dem Volke, zu dem es spricht, durch seine Fassung in so planmäßiger Weise die Thore zum Verständnis der Rechtsordnung verriegelt? War es doch in Deutschland gerade die Unvolkstümlichkeit des recipierten fremdsprachigen und nur im Gewande der gelehrten Doktrin verdeutschten Rechtes, welche das Streben nach Kodifikation hervorrief. Bei allem Meinungsstreite zwischen den feurigsten Vorkämpfern und den heftigsten Gegnern der Kodifikation galt es doch als ein nicht erst des Beweises bedürftiges Axiom, daß, wenn überhaupt ein neues Gesetzbuch erlassen werden solle, es in schlichtem, anschaulichem, gemeinverständlichem Deutsch zu verfassen sei. Seitdem Hermann Conring eine in Form und Inhalt deutsche Gesetzgebung gefordert hatte, wurde dieses Verlangen unzählige Male wiederholt[1]). Unter den Forderungen der naturrechtlichen Schule stand eine populäre Gesetzessprache obenan. Redlich und nicht ohne Erfolg bemühten sich die großen Gesetzeswerke seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts, die Fassung der Rechtssätze volkstümlich zu gestalten. Es kamen die Geistesthaten der historischen Rechtsschule, und tiefer blickten wir in den Zusammenhang von Recht und Volk. Es kam der Aufschwung des nationalen Bewußtseins und brachte uns eine Wiedergeburt auch des nationalen Rechtes. Es kam die Umbildung des reinen Beamtenstaates zum Volksstaat, und mit dem Staat ward das Recht von neuem aus dem Besitztum eines Berufsstandes zu einer Angelegenheit aller Stände und Klassen der Nation. Nun mußte erst recht die Volkstümlichkeit der Fassung als ein unabweisliches Erfordernis moderner Privatrechtsgesetzgebung empfunden werden! Ohne weiteres legte man jetzt an die bestehenden Gesetzbücher den Maßstab der Gemeinverständlichkeit an[2]). Und wer seither von einem deutschen Gesetzbuche träumte, verlieh dem Bilde, das ihn umschwebte, unwillkürlich die Züge eines echten Volksbuches. Hat sich die Welt inzwischen so verwandelt, daß sich das deutsche Volk geduldig ein Gesetzbuch auferlegen lassen wird, dessen

[1]) Mancherlei neue Nachweisungen hierüber findet man bei Baron, Franz Hotmanns Antitribonian, ein Beitrag zu den Kodifikationsbestrebungen vom 16. bis zum 18. Jahrhundert; Berner Festgabe für die achthundertjährige Jubelfeier der Universität Bologna; Bern 1888.

[2]) Vgl. z. B. den als Beilage zu dem Privatrechtlichen Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen (Personen- und Familienrecht, 3. Aufl. Zürich 1855, S. XI—XXVIII) wieder abgedruckten Aufsatz Bluntschlis vom Jahre 1844.

Sprache kaum weiteren Kreisen den unmittelbaren Zutritt zu den Quellen des Rechtes eröffnet, als es eine Verweisung auf das Studium des Corpus juris thäte?

Wenn bei einem so ungewöhnlichen Aufwande redaktioneller Kunst, wie ihn der Entwurf zur Schau trägt, ein derartiges Ergebnis hervorspringt, so ist natürlich nicht an eine unabsichtliche Abirrung vom richtigen Wege zu denken. Vielmehr ist offenbar eine volkstümliche Fassung gar nicht angestrebt. Mochte sie nun für unmöglich oder für unnötig erachtet werden: der Entwurf ist von vornherein nur für Juristen geschrieben[1]). Vielleicht war man der Ansicht, daß in den letzten Jahrzehnten die Rechtswissenschaft einen allzu sublimen Gipfel erklommen habe, als daß es noch ausführbar sein könnte, zugleich der Wissenschaft Genüge zu thun und volkstümlich zu reden. Vielleicht aber meinte man auch, daß die ganze Vorstellung von einem volkstümlichen Rechte gleich anderen veralteten Schwärmereien in die Rumpelkammer gehöre, da schließlich bei dem Hineinreden der Laien in juristische Dinge nichts als Dilettantismus herauskomme. Jedenfalls entspricht die gewählte Formgebung vollkommen dem vorgeschlagenen Inhalt der neuen Rechtsordnung. Dieser sprachliche Leib ist nur der getreue Spiegel des Geistes, der im Entwurfe lebt. Und im Grunde ist es dem Entwurfe zu danken, daß er den Schein der Volkstümlichkeit vermieden hat, wo er die Sache nicht will. Denn nun sind wir wenigstens vor eine klare Alternative gestellt. Soll unser künftiges gemeines Privatrecht seinem innern Gehalte nach ein doktrinäres, schablonenhaftes, undeutsches Juristenrecht werden, so mögen wir auch diese Sprache mit in den Kauf nehmen! Wollen wir dagegen im Deutschen Reiche auch deutsches Recht haben, so müssen wir nicht nur die Fassung

---

[1]) Hierüber sind alle Beurteiler einig; vgl. oben S. 17—20, besonders Bekker S. 50 („dieses Gesetzbuch spricht nur zu den Juristen und nicht zum Volke") und L. Goldschmidt S. 39 ff. Der letztere weist darauf hin, wie noch in dem Gutachten der Vorkommission v. 15. Apr. 1874 die Vermeidung einer „gelehrten Geheimsprache" empfohlen wurde (S. 12) und wie auch die Motive mehrfach (z. B. IV S. 1107) voraussetzen, daß Laien das Gesetzbuch zur Hand nehmen werden (S. 13). Doch kann eine ernsthafte Absicht, sich gemeinverständlich auszudrücken, in der Kommission unmöglich bestanden haben; vgl. Petersen S. 12. — Daß die Form des Entwurfes auch dann verfehlt wäre, wenn das Gesetzbuch wirklich nur zu den Juristen sprechen dürfte, braucht wohl kaum noch einmal hervorgehoben zu werden; vgl. Bekker S. 54 u. 56—57; Bähr, Das bürgerliche Gesetzbuch und die Zukunft der deutschen Rechtsprechung S. 18; G. Hartmann a. a. O.; Petersen S. 14—15.

des Entwurfes, sondern auch seinen Inhalt von Grund aus verwandeln!

Zunächst freilich hat die äußere Gestalt, in welcher der Entwurf seine Vorschläge bietet, eine überaus nachteilige und gefährliche Wirkung ausgeübt. Denn offenbar trägt vor allem diese schwer verständliche, die grundlegenden Gedanken mehr verhüllende als offenbarende Sprache die Schuld daran, daß bisher von einer ernstlichen Beschäftigung weiterer Volkskreise mit der ihnen zugedachten Rechtsordnung nichts zu spüren ist[1]). Anscheinend beeilen sich nur die Juristen — und auch unter ihnen lediglich die Privatrechtsjuristen von Fach —, sich mit dem Inhalt des Entwurfes vertraut zu machen. Der Nation im ganzen ist noch nicht die leiseste Ahnung davon aufgedämmert, was man eigentlich mit ihr vor hat. Zu einer lebhafteren Diskussion in den öffentlichen Blättern hat bisher nur ein einziger Vorschlag des Entwurfes geführt: die Aufnahme des römischen Satzes „Kauf bricht Miete“[2]). Hier handelt es sich ja nun freilich um eine in die wirtschaftlichen Verhältnisse besonders tief eingreifende Bestimmung, die in ihrer Auflehnung wider den Geist unserer Rechtsgeschichte auch den Vertrauensseligsten stutzig machen muß. Allein gerade die Diskussion über diesen einzelnen Punkt läßt deutlich erkennen, wie wenig bisher das öffentliche Bewußtsein den Geist des Entwurfes im ganzen erfaßt hat. Unter allen für den Satz „Kauf bricht Miete“ beigebrachten Gründen ist allein die doktrinäre Konsequenz der romanistischen Grundrichtung von ausschlaggebender Bedeutung gewesen: der Satz ist römisch, er ergiebt sich logisch aus dem bloß obligationenrechtlichen Wesen des Mietsanspruches, und der gegenteilige Satz ist juristisch nicht zu „konstruieren“. Alle weiteren für den Entwurf angeführten Argumente sind lahme Ausflüchte und hängen dem Triumphe des Pandektenrechtes nur ein fadenscheiniges Mäntelchen um. Denn im Ernste wird niemand, der im Gebiete des Preußischen Landrechtes gelebt hat, sich einreden lassen, daß die „Verkehrssicherheit“ oder der „öffentliche Glaube der

[1]) Neuerdings scheinen wenigstens einzelne Berufsstände und namentlich die Landwirte dem Entwurfe einige Aufmerksamkeit zuzuwenden. Allein noch heute entspricht die Teilnahme des Volkes nicht entfernt der Bedeutung der Sache.

[2]) Hieran hat sich auch seither nichts geändert. Immer noch wird der Inhalt des Entwurfes nur unter den Fachjuristen erörtert. — Die inzwischen gerade über die Frage der dinglichen Wirksamkeit von Miete und Pacht entstandene umfangreiche und tief eindringende Litteratur soll unten angeführt werden; an dieser Stelle ist nur von dem Verhalten des großen Publikums und der öffentlichen Blätter die Rede.

Grundbücher" unter dem Satze „Kauf bricht nicht Miete" leiden. Auch wird die Erwägung, daß ohnehin bei der Subhastation der Mieter nach preußischem Recht nicht den gleichen Schutz wie bei dem freiwilligen Verkauf genießt, kaum jemanden von der Notwendigkeit überzeugen, dem Mieter überhaupt jeden Schutz zu entziehen. Wenn wir selbst davon absehen, daß es eben in dieser Hinsicht einer Umgestaltung des geltenden preußischen Rechtes bedarf, so bleibt ja doch glücklicherweise die Subhastation immer noch der Ausnahmefall und trifft auch den Vermieter als ein nicht gewolltes Schicksal. Oder will man etwa zu Gunsten des Entwurfes auch die Betrachtung geltend machen, daß der Mieter ja doch vor der Zeit die Wohnung räumen muß, wenn das Haus abbrennt? Im übrigen setzen die Rechtfertigungsgründe stets voraus, daß an sich die römische Regel in der Natur der Dinge begründet ist, und suchen nur nachzuweisen, wie sich auch unter ihrer Herrschaft allenfalls leben und durch allerlei Vorsichtsmaßregeln sogar ein leidlich gesichertes Mietsrecht erwerben läßt. Insoweit aber auch die Kunst des geriebenen Geschäftsmannes versagt oder der Mieter sie nicht anwenden konnte oder wollte, wird ihm der Trost gespendet, daß der Entwurf ihn noch ungleich günstiger behandelt, als er es dem strengen Rechte nach verdient. Denn man hat sich ja aller juristischen Konsequenz zum Trotz großmütig entschlossen, dem Mieter, den eigentlich doch der neue Eigentümer zur Stunde auf die Straße setzen könnte, eine Frist bis zum Ablauf des Quartals zu gönnen! Solchen Deduktionen gegenüber schüttelt nun freilich die öffentliche Meinung ungläubig den Kopf. Sie führt auch gegen dieselben, wennschon mit einer gewissen Schüchternheit, die widerstrebenden Interessen und Bedürfnisse ins Feld. Allein sie wagt es nicht, entrüstet den ganzen Gedankengang abzuweisen und gegen das zu Grunde liegende Prinzip selbst sich aufzubäumen. Kaum ist davon die Rede, daß hier ein Kampf zwischen römischem und deutschem Recht entschieden werden soll. Und doch enthält der Satz „Kauf bricht nicht Miete" („huere gaet voor coop") gutes altes deutsches Recht, das sich nach der Reception in Partikularrechten erhielt, vom preußischen und französischen Gesetzbuche allgemein wiederhergestellt wurde und heute einen größeren Teil des Reichsgebietes als der römische Satz des sogenannten „gemeinen" Rechtes beherrscht. Ist es bei solcher Sachlage der Beruf eines „deutschen" Gesetzbuches, das römische Recht nun endlich dennoch uns allen aufzuzwingen? Vor allem aber handelt es sich dabei zugleich um eine Frage von der größten socialen

Tragweite. Die sociale Bedeutung ihrer Entscheidung reicht sogar über die unmittelbaren praktischen Folgen des einen oder anderen Satzes hinaus. Denn auch der im Hintergrunde schlummernde ideelle Gehalt der Rechtsinstitute ist eine lebendige Macht. Wer aber über die sociale Seite der Frage nur einen Augenblick nachdenkt, wird nicht zweifeln, daß unseren deutschen Verhältnissen allein der Satz des deutschen Rechtes entspricht und daß am wenigsten für unsere Gegenwart der römische Satz taugt. Oder gilt es vielleicht, den deutschen Mietern und Pächtern zu Gemüte zu führen, daß sie doch eigentlich nur heimatlose Proletarier sind? Wollen wir etwa gar, indem wir den Eigentumsbegriff auf die Spitze treiben, der Aufhebung des Privateigentums an Grund und Boden vorarbeiten? Wenn irgendwo, so ist hier der sociale Beruf unserer Gesetzgebung mit Händen zu greifen. Angebliche Schwierigkeiten der „juristischen Konstruktion" mögen als Themata künftiger Doktordissertationen ein Interesse bieten: für den Gesetzgeber können sie in einer derartigen Frage nur dann ins Gewicht fallen, wenn derselbe seine wahre Aufgabe gröblich verkennt. Und doch scheint es fast, als ließe sich die öffentliche Meinung durch die ihr entgegengehaltenen technisch-juristischen Argumente verblüffen. Von der socialen Bedeutung der Sache ist in den öffentlichen Blättern wenig die Rede. Nirgends wird es ausgesprochen, daß die Verewigung der römischen Auffassung von Miete und Pacht in einem Teile Deutschlands und nun gar die Zurückschraubung des Rechtes der größeren Reichshälfte auf den verlassenen römischen Standpunkt ein ungeheuerlicher socialer Mißgriff wäre, dessen kulturfeindlichen Stachel keine Reinheit des logischen Aufbaues der Rechtssätze und selbst keine erhöhte Verkehrssicherheit abzustumpfen vermöchte. Trotz des um sie verbreiteten künstlichen Nebels aber ist die Frage in ihrem Kern so einfacher Natur, daß zu ihrer Entscheidung jedermann aus dem Volke genau sogut berufen und befähigt ist wie der scharfsinnigste Jurist. Warum erschallt nun nicht laut und kräftig aus weiten Kreisen der Nation heraus der Ruf: Findet Euch nach Belieben mit eurem juristischen Gewissen ab, aber gebt uns das Recht, welches uns gebührt! Noch hat die Opposition gegen den römischen Satz des Entwurfes offenbar weder den tiefsten Grund ihrer eigenen Gegnerschaft erkannt noch die Hohlheit der gesamten von ihr bekämpften Argumentation durchschaut. Dabei ist es eine auffallende und doch sehr bezeichnende Erscheinung, daß in der bisherigen Diskussion immer nur von der Miete, und besonders der Wohnungsmiete, gesprochen wird, während

höchstens nebenbei etwas davon verlautet, daß der Satz „Kauf bricht Miete" natürlich zugleich den Satz „Kauf bricht Pacht" birgt[1]). Und doch ist der römische Satz in seiner Anwendung auf die Pacht und namentlich die Landgüterpacht noch um vieles unerträglicher! Schreiender noch ist hier der Widerspruch mit unserem deutschen Rechtsbewußtsein, unheilvoller die wirtschaftliche und sociale Verkehrtheit, offenbarer der Bruch mit der Tendenz unserer ganzen Rechtsgeschichte! Die Landbevölkerung aber, die in ihrer Schwerflüssigkeit ja leider oft schon zu spät eine Verkümmerung ihres Rechtes durch die Gesetzgebung bemerkt hat, ist überhaupt das Stiefkind des Entwurfes. Auf die städtischen Bedürfnisse wird wenigstens teilweise eingegangen. Ihnen vornehmlich kommen die regelmäßig ausschlaggebenden Gesichtspunkte der „Verkehrssicherheit", der „Sicherheit des Kredits", der prompten Erledigung der Rechtsverhältnisse u. s. w. zu gute. Auch bleibt ja zu ihren Gunsten ein von dem versengenden Hauche dieser Kodifikation unberührtes Handelsrecht mit Einschluß eines von nun an als kaufmännisches Privileg erscheinenden autonomen Gewohnheitsrechtes erhalten. Die ländlichen Verhältnisse dagegen scheinen in den Augen des Entwurfes kaum einen Anspruch auf Beachtung, geschweige denn auf schonliche Fürsorge zu haben. Es ist hier nicht der Ort, dies näher auszuführen[2]). Eben-

[1]) Auch die Motive nehmen bei der Begründung des Satzes nur auf die Miete Rücksicht (II S. 380—393), um später die „entsprechende Anwendung" auf die Pacht mit drittehald Zeilen abzufertigen (S. 428)!

[2]) Vorläufig sei nur darauf hingewiesen, wie dieselbe Übertreibung der Konsequenzen des Grundbuchsystems, welche den Satz „Kauf bricht Miete" beschönigen soll, den Entwurf dazu führt, den Bestand jeder und also auch der durch äußere Vorrichtungen kennlichen Grunddienstbarkeit von der Eintragung ins Grundbuch abhängig zu machen und folgeweise zugleich die Ersitzung von Grunddienstbarkeiten gänzlich zu beseitigen. Wer die ländlichen Verhältnisse mit ihren so vielfach durcheinander laufenden, bei aller Unbedeutendheit oft wirtschaftlich unentbehrlichen Wegerechten, Grabengerechtigkeiten, Wassergerechtigkeiten u. s. w. kennt, wird hierin eine ebenso überflüssige wie schädliche Rigorosität erblicken. Nicht minder charakteristisch ist es, daß der Entwurf von dem eigenmächtigen Pfändungsrecht (Viehpfändung wie Personalpfändung) gänzlich schweigt, die Motive aber von diesem urwüchsigen und überall auf dem Lande lebendigen deutschrechtlichen Institut sagen können: „Es handelt sich um ein an sich anomales, mit dem Agrarrecht einzelner Bundesstaaten in engem Zusammenhange stehendes Institut, dessen heutiges Vorkommen nur zu der Erwägung Anlaß geben kann, ob und inwieweit die Beibehaltung desselben der Landesgesetzgebung im Einführungsgesetz offenzulassen ist" (I S. 354). Zahlreiche weitere Belege für die im Text aufgestellte Behauptung werden wir später beizubringen haben.

sowenig haben wir an dieser Stelle die Vorschläge des Entwurfes, welche sich auf die Sätze „Kauf bricht Miete“ und „Kauf bricht Pacht“ beziehen, im einzelnen sachlich zu würdigen[1]). Wir wollten ja nur darthun, wie wenig die öffentliche Diskussion über die einzige Vorschrift des Entwurfes, von welcher bisher das größere Publikum Notiz genommen, eine Bekanntschaft mit dem eigentlichen Wesen des uns zugedachten Rechtes verraten hat. In dieser Hinsicht aber müssen wir schließlich vor allem die charakteristische Thatsache hervorheben, daß auch viele Gegner des Satzes „Kauf bricht Miete“ die Aufnahme desselben in den Entwurf als eine vereinzelte Abirrung behandeln, ohne den innigen Zusammenhang zu betonen, in welchem die angefochtene Bestimmung mit dem gesamten übrigen Inhalt des Gesetzbuches steht. In Wahrheit ist die Anlehnung an das römische Miets- und Pachtrecht nur eine einzelne symptomatische Äußerung des Geistes, aus dem der ganze Entwurf geboren ist. Er hätte sich selbst untreu werden müssen, um anders zu entscheiden. Von Anfang bis zu Ende verfährt er, wo er eine Wahl zu treffen hat, in dem gleichen Sinne. Durchweg wimmelt er von ähnlichen Verstößen wider unser wirkliches Rechtsbewußtsein und wider den socialen Beruf unserer Zeit. Überall birgt seine abstrakte, farblose Fassung einen im tiefsten Grunde undeutschen, gemeinschaftsfeindlichen, kapitalistischen Gehalt. Das deutsche Volk hat ein Recht darauf, daß es erfahre, welcher sachliche Kern hinter dieser ihm unverständlichen Juristensprache steckt. Es hat aber auch die heilige Pflicht, die Thore zu sprengen und in das Innere dieses kunstvollen Baues einzudringen, auf daß es, ungeblendet von der stilvollen Architektonik, offenen Auges sich in dem Hause umschaue, in dem es wohnen und heimisch werden soll.

Im folgenden wollen wir versuchen, einen Beitrag zur Klarlegung des wirklichen Inhaltes der vom Entwurfe vorgeschlagenen Rechtsordnung zu liefern. Dabei werden wir uns jedoch auf die Erörterung derjenigen Gegenstände beschränken, welche nicht bloß ein technisch-juristisches Interesse bieten, sondern für die von uns aufgeworfene Frage Bedeutung haben, wie der Entwurf zum deut-

[1]) Es sei nur noch bemerkt, daß der Entwurf auch die Möglichkeit einer Verdinglichung der Miete oder Pacht durch Eintragung in das Grundbuch abschneidet und daß, wenn nach einer Andeutung der Motive hierfür bei der Miete die Aufnahme der römischen superficies als „Erbbaurecht“ einen gewissen Ersatz bieten soll, der Entwurf von einer „Erbpacht“ oder irgend einer anderen dinglichen Landleihe deutscher Herkunft nichts weiß.

schen Rechte steht. Daß wir hiermit zugleich den Einblick in das Verhältnis des uns angesonnenen bürgerlichen Rechtes zu den socialen, ethischen und wirtschaftlichen Problemen der Gegenwart gewinnen, werden wir überall im einzelnen bestätigt finden. In diesem Sinne werden wir zuvörderst das System des Entwurfes zu beleuchten, demnächst die fünf einzelnen Bücher desselben zu durchwandern haben. Schließlich werden wir uns mit der Frage beschäftigen müssen, was denn nun weiter geschehen soll, damit die mühsame Arbeit nicht verloren sei.

Dritter Abschnitt.

System und Geltungsbereich des Entwurfes.

Das System des Entwurfes ist das bekannte Pandektensystem: einem im ersten Buch vorangestellten „Allgemeinen Teil" folgen in vier weiteren Büchern „Recht der Schuldverhältnisse", „Sachenrecht", „Familienrecht" und „Erbrecht". Abweichend von der üblichen Anordnung ist hierbei die Behandlung des Obligationenrechtes vor dem Sachenrecht. Diese Umstellung bietet zwar einzelne Vorteile, widerspricht aber der natürlichen Anschauungsweise und dem Grundgedanken eines organischen Aufbaues der Privatrechtssätze. Da wir die Sachenrechte als unmittelbare Herrschaft der Person über die Sache denken, erscheinen sie uns als ursprünglichere und einfachere Erscheinungsformen der durch das Privatrecht gewährten Willenskraft als die durch die Beziehung der Person zu einer anderen Person vermittelten Forderungsrechte[1]).

Die Verteilung der behandelten Materien in die einzelnen Bücher lehnt sich ebenfalls an die gebräuchlichen Pandektenkompendien an. Die Lehren von den Sachen im allgemeinen und vom Besitz sind nicht in den Allgemeinen Teil gestellt, sondern eröffnen das Sachenrecht[2]). Sorgfältig ist die Scheidung zwischen den dem All-

[1]) Derselben Meinung ist Bekker S. 8. Desgleichen Menger a. a. O. S. 24 ff., der in der Umstellung des Entwurfes „das Produkt einer Zeit der vorherrschenden Verkehrsinteressen, in welcher die Rücksicht auf den Händler sogar jene auf den Eigentümer überwiegt" erblicken will; er verlangt überdies die Voranstellung des Familienrechtes vor die übrigen besonderen Teile. Dagegen erklärt Zitelmann S. 13 es für „sehr gleichgültig", ob Schuldrecht oder Sachenrecht vorangeht.

[2]) Bekker S. 8 wünscht die Aufstellung allgemeiner Sätze über „Sachen" im Allgemeinen Teil. Vgl. unten S. 84.

gemeinen Teil überwiesenen Sätzen über Rechtsgeschäfte überhaupt und den Regeln über die Begründung von Schuldverhältnissen durch Rechtsgeschäft durchgeführt. Die Schenkung ist im Recht der Schuldverhältnisse erledigt[1]). Das Vorkaufsrecht an Grundstücken und die Reallasten sind als dingliche Rechte deutscher Herkunft anerkannt und daher dem Sachenrecht zugeteilt. Daß auch der Nießbrauch an Rechten und an einem Vermögen und das Pfandrecht an Rechten im Sachenrecht behandelt werden, ist vom Standpunkte des Entwurfes aus inkonsequent, jedoch sachlich angemessen.

Die Anordnung der verschiedenen Bestandteile innerhalb jedes Buches weicht nur selten von dem Herkommen der Pandektenlehre ab. Nicht überall ist sie zu billigen[2]). Doch ist davon besser bei Besprechung der einzelnen Teile des Entwurfes die Rede.

Daß das Pandektensystem unvollkommen ist, wird von niemand bezweifelt. Unvollkommen indes ist jedes System! Der lebendigen Wirklichkeit, in welcher das einzelne Rechtsinstitut durch eine Fülle von Zusammenhängen mit zahlreichen anderen Rechtsinstituten verknüpft wird und aus diesem unendlich vielgliedrigen Konnex ein die mannigfach verschlungenen Lebensverhältnisse deckendes Ganze erwächst, vermag kein System mit seinen logischen Schubfächern und seinem einfachen Nacheinander gerecht zu werden. Für ein Gesetzbuch wie für die Doktrin ist das System ein unentbehrliches, jedoch notwendig mangelhaftes Hülfsmittel. Das System des Preußischen Landrechtes beruht unbestreitbar auf einer genialeren Conception und einem tieferen Grundgedanken. Gleichwohl ist es in wichtigen Stücken verfehlt, indem es einer einseitigen Betrachtungsweise zuliebe das Zusammengehörige auseinanderreißt. Es ist überdies durch die seitherige Entwickelung der Wissenschaft wie des Lebens überholt. Würde jetzt der Versuch unternommen, in ähnlicher Weise ein ganz neues System von tieferem geistigen Gehalt aufzustellen, so würde derselbe vermutlich noch weniger gelingen. Obwohl daher das Pandektensystem auf einem ziemlich äußerlichen Einteilungsgrunde beruht, so ist doch eine Anlehnung an dieses durch lange Gewöhnung uns vertraut gewordene System kaum zu vermeiden.

[1]) Bekker S. 9 u. 40—41 wünscht die Regelung der Schenkung, sowie der vom Entwurf teils bei der Schenkung teils bei den letztwilligen Zuwendungen behandelten „Auflage" in besonderen Titeln des Allgemeinen Teils.

[2]) Einen durchgehenden Fehler erblickt Bekker S. 45—46 in der durch den Mangel äußerer Unterscheidung der Thatsachen und ihrer Rechtsfolgen veranlaßten bunten Reihenfolge der auf die Entstehung und Aufhebung der Rechte bezüglichen Sätze.

Dasselbe bedarf jedoch einer Erweiterung. Denn in der überkommenen Gestalt ist es nicht bloß mit der unvermeidlichen Einseitigkeit jedes Systems behaftet, sondern durchaus unzulänglich, indem es für eine Fülle lebendiger Privatrechtsverhältnisse keine Unterkunft bietet. Wird der Allgemeine Teil auf die Bestimmung der Voraussetzungen, der Elemente, der durchgehenden Entstehungs-, Veränderungs- und Aufhebungsformen und des Schutzes der Privatrechtsverhältnisse beschränkt, so müssen die besonderen Teile für alle einzelnen Gattungen von Privatrechtsverhältnissen Raum haben. Dies ist jedoch bei der gegenwärtigen Vierteilung nicht der Fall. Dieselbe geht von den durch die Privatrechtsverhältnisse begründeten Befugnissen aus, die sie sodann nach ihrem Objekt unterscheidet. Dabei liegt eine geschichtlich erwachsene Vorstellungsweise zu Grunde, welche bei jeder einzelnen Befugnis ein konkret bestimmtes Herrschaftsobjekt als unmittelbaren Gegenstand der privatrechtlichen Willensmacht denkt, dagegen in den in entfernterer oder unbestimmterer Weise von solcher Willensmacht etwa ergriffenen Sachen oder Personen nur mittelbare Beziehungsobjekte erblickt. Je nachdem nun als Kern eines Privatrechtsverhältnisses das unmittelbare Machthaben über eine Sache, über ein bestimmt begrenztes Handeln einer anderen Person, über eine andere Persönlichkeit als solche oder über die leer gewordene Stelle einer weggefallenen Persönlichkeit erscheint, ergeben sich die Kategorieen des Sachenrechtes, des Forderungsrechtes, des Familienrechtes und des Erbrechtes. Es giebt aber Privatrechte, die in keine dieser Kategorieen passen. Denn zunächst haben gewisse Privatrechte, die gleich den Sachenrechten absolute Rechte sind und somit Untersagungsbefugnisse gegen jedermann enthalten, außer diesem unbestimmten Kreise verpflichteter Personen kein anderes Objekt als einen Bestandteil der eigenen Persönlichkeitssphäre des Berechtigten. Sollen sie dem hergebrachten System eingegliedert werden, so lassen sie sich nur entweder als Rechte an der eigenen Person („Individualrechte" oder besser „Persönlichkeitsrechte") oder aber unter Verselbständigung des durch sie gegen Eingriffe geschützten Persönlichkeitsgutes als Rechte an unkörperlichen Gütern („Immaterialgüterrechte") denken. Sodann aber erschöpft das Familienrecht keineswegs diejenigen Privatrechtsverhältnisse, durch welche Personen als solche verbunden und füreinander als unmittelbarer Gegenstand eines Machthabens gesetzt werden. Vielmehr kennt unser Recht auch außerhalb des Familienrechtes personenrechtliche Gemeinschaften und steigt vor allem im Körperschaftsrecht noch innerhalb

der Privatrechtsordnung zu personenrechtlichen Beziehungen zwischen Gesamtpersonen und ihren Gliedpersonen auf.

Ein vollständiges Privatrechtssystem müßte also zunächst einen besonderen Abschnitt zur Aufnahme der Persönlichkeitsrechte bilden. Ob diejenigen absoluten Rechte, deren Objekt als ein von der Persönlichkeit losgelöstes und in sich wertvolles immaterielles Gut vorstellbar ist, als Immaterialgüterrechte abzutrennen sind, ist eine Frage zweiten Ranges. Notwendig ist diese Spaltung nicht. Sogut wie die Kategorieen der „Sachenrechte" und der „Forderungsrechte" für sehr verschiedenartige Gebilde Raum haben, so daß höchst persönliche und übertragbare, unvererbliche und vererbliche, gesetzlich begründete und individuell erworbene Rechte darunter zusammengefaßt werden, bietet auch der gedankliche Rahmen der Persönlichkeitsrechte für die Entfaltung ungleichartiger Typen Raum. Insbesondere werden die Rechte dieser Gattung durch die Aufnahme und Entwickelung eines vermögensrechtlichen Gehaltes zwar mannigfach umgestaltet, jedoch auch hierdurch niemals ihres in der Persönlichkeit wurzelnden Kernes beraubt. Mithin gehören hierher zuvörderst die unmittelbar aus der Persönlichkeit fließenden Rechte auf Leib und Leben, auf Freiheit und auf Ehre; desgleichen die mit der Zugehörigkeit zu einer besonderen Personenklasse gegebenen Rechte wie Adel und sonstiges Standesrecht; weiter die gesetzlich begründeten oder besonders erworbenen Rechte auf Vornahme gewisser, der allgemeinen Freiheit entzogener Handlungen, wie die privatrechtlichen Gewerbebefugnisse (z. B. Zwangs- und Bannrechte), die ausschließlichen Occupationsrechte (Jagdrechte, Fischereirechte u. s. w.) und andere Monopolrechte; sodann die Namenrechte mit Einschluß des kaufmännischen Firmenrechtes; nicht minder die Rechte auf sonstige Persönlichkeitszeichen wie das Markenrecht; endlich die Urheberrechte und das Erfinderrecht. Wird die Eigenart aller dieser Rechte anerkannt, so finden sie die angemessenste Stelle in einem vor das Sachenrecht gestellten „Personenrecht". Hier können dann zugleich, wie das Sachenrecht mit der Lehre von den Sachen überhaupt beginnt, die allgemeinen Rechtssätze vorangeschickt werden, welche sich auf Erwerb und Verlust und auf etwaige Unterschiede der Persönlichkeit beziehen.

Es ist ein entschiedener Mangel, daß der Entwurf ein besonderes Personenrecht nicht bildet[1]). Er handelt von den Personen

[1]) Übereinstimmend von Liszt S. 4—8, der in der romanistischen Grundanschauung, als erschöpfe sich das Privatrecht im Vermögensrecht, einen Grund-



lediglich im Allgemeinen Teil, in dessen zweitem Abschnitt er über Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit und einige rechtlich erhebliche Zustände des einzelnen Menschen Bestimmungen trifft (§§ 3—40). An sich unanfechtbar, harmoniert doch die Aufnahme des hier geregelten Details in den Allgemeinen Teil wenig mit der gänzlichen Ausweisung der Lehre von den Sachen aus diesem ersten Buche. Der Allgemeine Teil könnte sich sehr wohl auf die Feststellung, welches die Subjekte des Privatrechtes sind, beschränken, müßte jedoch auch die Objekte des Privatrechtes bezeichnen und abgrenzen. Dagegen ließen sich die Vorschriften über Erwerb und Verlust und über Unterschiede der Persönlichkeit zweckmäßig mit den Normen über das Recht der Persönlichkeit verbinden. Vorausgesetzt freilich, daß es ein Recht der Persönlichkeit giebt! Dem Entwurf aber ist ein solches Recht nicht nur dem Namen nach fremd, sondern er vermeidet auch dessen sachliche Anerkennung. Nur den unmittelbar aus der Persönlichkeit fließenden Anspruch auf Achtung der leiblichen Unversehrtheit, der Freiheit und der Ehre bringt er in der Lehre von den „Schuldverhältnissen aus unerlaubten Handlungen" indirekt zur Geltung, indem er am Schluß des § 704 sagt: „Als Verletzung eines Rechtes im Sinne der vorstehenden Vorschrift ist auch die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre anzusehen." Die Motive bemerken hierzu, diese Vorschrift sei „notwendig, weil mit Grund bezweifelt werden kann, ob diese höheren Güter als Rechte bezeichnet werden können, aber gerade sie auch des Schutzes bedürfen, der ihnen bei einer engeren Auffassung der Schadenzufügung oft gefehlt hat" (II S. 728). Es scheint also wirklich, als wolle der Entwurf den obersten Persönlichkeitsrechten die Eigenschaft von Rechten absprechen, sie jedoch in einer bestimmten Richtung als Rechte fingieren, um so auf künstliche Weise die Unterlage einer Deliktsobligation zu gewinnen! Kann denn aber ein Gedankensystem gesund sein, dem zufolge jemand, der mich verwundet, einsperrt, verleumdet, sich einer „Rechtsverletzung" gegen mich nicht schuldig macht, so daß mir erst durch eine Fiktion zu einem Ersatzanspruch verholfen werden muß? Es wäre wahrlich die Aufgabe des deutschen Gesetzbuches, mit einer so engherzigen Doktrin offen zu brechen und die ausdrückliche Anerkennung dieser für jeder-

fehler des Entwurfes erblickt. Doch hält er den Entwurf in diesem Punkte für unverbesserlich und will nach dessen Annahme durch ein besonderes Gesetz über Personenrecht helfen (S. 3).

mann unantastbaren Persönlichkeitsrechte an die Spitze der Privatrechtsordnung zu stellen[1])! Von den in der Zugehörigkeit zu einer besonderen Personenklasse wurzelnden Persönlichkeitsrechten schweigt der Entwurf völlig, weil er das Prinzip der abstrakten Gleichheit der Individuen im Privatrecht durchführt, die Ausnahmen aber in die von ihm ausgeschlossenen Sonderrechtsgebiete verweist und die hierzu erforderlichen Vorbehalte für das Einführungsgesetz aufspart. In der allgemeinen Personenlehre ist nicht einmal vom Unterschiede der Geschlechter die Rede. Ebensowenig begegnet eine positive oder negative Bestimmung über den Einfluß der Staatsangehörigkeit, des Standes, des religiösen Bekenntnisses und der Ehrminderung auf die privatrechtliche Stellung der Personen. Was insbesondere den Stand angeht, so soll zwar das gesamte Recht des hohen Adels unberührt bleiben, aus dem Gesetzbuch selbst aber nichts hierüber erhellen. Den niederen Adel will man zwar auch nicht abschaffen, glaubt aber seiner Erwähnung überhoben zu sein, weil mit ihm Vorrechte im Gebiet des Privatrechtes nicht mehr verbunden sein sollen. Der Entwurf enthält daher keinerlei Rechtssätze über Erwerb und Verlust oder über Arten des Adels, nimmt nicht einmal bei der Aufstellung der Regel, daß das angenommene Kind den Familiennamen des Annehmenden erwirbt (§ 1622), auf den Fall des adligen Namens Rücksicht und merzt sogar die übliche Bestimmung aus, daß die Frau dem Stande des Mannes folgt (§ 1274). Mit der Beseitigung der Standesvorrechte ist jedoch keineswegs jede privatrechtliche Bedeutung des Standes aufgehoben. Insbesondere bleibt die Abhängigkeit besonderer Familienrechte (z. B. aus Familienfideikommissen oder Familienstiftungen) vom Adel oder von einer bestimmten Art des Adels bestehen. Der Entwurf selbst kennt den Begriff des „standesgemäßen Unterhalts“. Wenn die Motive trotzdem den Adel nur als „Stand im publizistischen Sinne“ betrachten wollen und alle Regeln über denselben in das öffentliche Recht verweisen (IV S. 107, 712 und 983), so verkennen sie das praktische Bedürfnis einer gemeinrechtlichen Lösung derjenigen Fragen, deren Entscheidung bisher aus dem gemeinen deutschen Privatrecht geschöpft wurde[2]). Auch von Gewerbeberechtigungen, ausschließlichen Aneignungsrechten und

[1]) Über andere Persönlichkeitsrechte, welche des Privatrechtsschutzes bedürfen, vgl. von Lißt S. 6.

[2]) Über diese Lücke vgl. auch Hinschius Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 81.



sonstigen Rechten auf Vornahme gewisser nicht allgemein freigegebener Handlungen weiß der Entwurf nichts, überläßt vielmehr alles, was im gegenwärtigen Privatrecht davon sich noch findet, dem Gewerberecht, Jagdrecht, Fischereirecht und anderen ausgeschlossenen Gebieten. Unter den Namenrechten verbannt er das Firmenrecht und die etwa auszugestaltenden gewerblichen Namenrechte völlig aus seinem Horizont, während er über die Befugnis zur Führung eines bürgerlichen Namens insoweit Bestimmungen trifft, als dieselbe aus Familienverhältnissen fließt (§§ 1274, 1455, 1497, 1622). Wieder aber geht er der ausdrücklichen Anerkennung des Namenrechtes aus dem Wege. Die Motive (IV S. 1005—1006) führen freilich aus, es könne, sobald das Gesetz eine derartige Befugnis beilege, „nicht zweifelhaft sein, daß dadurch für die betreffende Person ein subjektives Privatrecht auf Führung dieses bestimmten Familiennamens begründet wird und daß dieses Recht einen absoluten Charakter hat". Auch ergebe sich hiermit von selbst die Möglichkeit einer Feststellungsklage zum Schutze des bestrittenen Namenrechtes und im Falle eines sich als unerlaubte Handlung darstellenden schädigenden Widerspruches zugleich die Möglichkeit einer Schadenersatzklage, mit welcher dann zugleich die Beseitigung dieses Widerspruches erzielt werden könne. Allein warum spricht dann das Gesetzbuch nicht selbst diese Rechtssätze aus, welche in den Motiven nur durch eine ziemlich umständliche und nicht unanfechtbare Deduktion aus einer Kombination verschiedener Gesetzesparagraphen abgeleitet werden? Und die Motive selbst geben zu, daß sich aus dem Entwurf keine Entscheidung der weiteren Frage gewinnen lasse, ob auch ein das Namenrecht beeinträchtigender Widerspruch, welcher keine Schadenersatzklage zu erzeugen geeignet ist, mindestens einen Anspruch auf Unterlassung fernerer Beeinträchtigungen begründet. Sie trösten hierüber mit der Erwägung, daß solche Fälle „selten und von geringer praktischer Wichtigkeit" seien. Überdies aber handle es sich hier „um eine allgemeinere Frage, welche sich auch bei allen anderen im Gesetzbuch nicht speciell geregelten absoluten Rechten, insbesondere auch bei den auf die immateriellen Güter sich beziehenden Rechten erhebt". Man sollte meinen, daß der Entwurf nur eine um so dringendere Veranlassung gehabt habe, dieser Frage näher zu treten! Vor allem aber konstatieren die Motive, daß der Entwurf absichtlich keine Entscheidung darüber getroffen hat, ob und inwieweit das Namenrecht einen civilrechtlichen Schutz gegen unbefugte Führung des gleichen

Namens genießt. Sie wollen ein allgemeines privatrechtliches Verbietungsrecht gegen Namenanmaßung nicht anerkennen, stellen es indes als zweifelhaft hin, ob nicht wenigstens dann ein solches Recht begründet ist, „wenn die unbefugte Führung eines bestimmten Namens objektiv geeignet ist, den Schein falscher Familienangehörigkeit zu erregen". „Da (aber) mit der Lösung dieser Frage Theorie und Praxis erst in neuerer Zeit eingehender sich befaßt haben, ohne in dieser Beziehung bislang zu einem festen Resultate und zu einer Einigung über das Wesen des hier in Rede stehenden Rechtes gelangt zu sein, so ist es als bedenklich erachtet, der wissenschaftlichen Entwickelung durch eine gesetzliche Entscheidung der Frage vorzugreifen, zumal auch die bestehenden Gesetzbücher einer solchen Entscheidung sich enthalten haben und nicht zu besorgen ist, daß aus dem Schweigen des Gesetzes eine erhebliche Gefährdung der Rechtssicherheit sich ergeben werde." Welche Argumentation! Eine Argumentation aber, die in jeder Zeile nur allzugetreu den Geist dieses Entwurfes widerspiegelt! Schon der Gedanke, daß das Gesetzbuch schöpferisch vorgehen und einem nach Anerkennung ringenden Postulat unseres modernen Rechtsbewußtseins Gestalt verleihen könne, wird ängstlich abgewiesen. Wie soll denn die „wissenschaftliche Entwickelung" ausreichen, wo es positives Recht zu schaffen gilt? Gewohnheitsrecht könnte helfen, aber Gewohnheitsrecht soll es ja nicht mehr geben! Hier ist also der schöpferische Beruf der Gesetzgebung gewissermaßen mit Händen zu greifen. Unser Rechtsbewußtsein verlangt in der That einen privatrechtlichen Schutz des bürgerlichen Namens gegen unbefugte Verwendung durch Dritte, und ein praktisches Bedürfnis zur gesetzlichen Einführung dieses Schutzes besteht in vollem Maße. Soll der berühmte Schriftsteller wirklich es dulden müssen, daß ein anderer seinen Namen braucht, um unter ihm pseudonyme Bücher zu schreiben? Hat der Künstler keinen Anspruch auf Schutz gegen die Verwendung seines Namens durch einen talentlosen, aber geschäftskundigen Nachahmer? Dazu kommen andere Fälle von Eingriffen in das Namenrecht, welche in den Motiven nicht einmal berührt werden, obschon sie im Leben bereits zu heftigen Erörterungen geführt haben. Man denke z. B. an den Mißbrauch eines bekannten Namens zur Benennung einer Romanfigur oder eines im Schauspiel auf dem Theater vorgeführten Lustspielhelden. Wer der Privatrechtsordnung den Schutz nicht bloß der Vermögensinteressen, sondern auch der idealen Güter des Individuums zuweist, wird nicht zweifeln können,

daß hier überall ein privatrechtlicher Schutz gerechtfertigt ist[1]). Ähnlich verhält es sich mit den dem Namenrecht verwandten Zeichenrechten. Das kaufmännische Markenrecht scheidet der Entwurf aus. Von sonstigen Zeichenrechten spricht er nicht, obschon die Motive gelegentlich die Existenz eines Wappenrechtes zugestehen (IV S. 1005). Von vornherein sind schließlich die wichtigsten Persönlichkeitsrechte, die Urheberrechte und das Erfinderrecht, aus dem System des Entwurfes verbannt. Die Motive sprechen öfter von diesen aus geistiger Schöpfung entspringenden Rechten, die sie als Rechte an immateriellen Gütern zu bezeichnen pflegen. Allein sie scheinen es als selbstverständlich anzusehen, daß das bürgerliche Gesetzbuch keine Bestimmung über solche durch besondere Reichsgesetze geregelten Rechte zu treffen habe. Wir kommen auf das Verhalten des Entwurfes zu den Sonderrechtsgebieten zurück. Hier sei nur im voraus bemerkt, wie nicht nur das System des gemeinen bürgerlichen Rechtes weit genug angelegt sein müßte, um auch den in Specialgesetzen normierten Privatrechten Unterkunft zu bieten, sondern auch gewisse leitende Grundsätze über Wesen und Wirksamkeit derartiger Rechte in das bürgerliche Gesetzbuch gehören. Die Motive selbst weisen in einer oben bereits angeführten Stelle auf ein derartiges Bedürfnis hin.

Werden die Rechte an der eigenen Person (mit Einschluß der sogenannten Immaterialgüterrechte) in einem an die Spitze des Systems der besonderen Privatrechte gestellten „Personenrecht" erledigt, so erscheint es zweckmäßig, die nicht familienrechtlichen personenrechtlichen Gemeinschafts- und Körperschaftsverhältnisse in einem an den Schluß des ganzen Systems gerückten Abschnitt zusammenzufassen. Hinter das Familien- und Erbrecht träte dann also das „Gemeinschafts- und Körperschaftsrecht". Diese Anordnung entspräche dem im Preußischen Landrecht durchgeführten Gedanken eines Vorschreitens vom Individualrecht zum Socialrecht. Sie würde die mit dem Familienrecht anfangende Erhebung der Privatrechtsordnung über eine bloße Koordination getrennter Individuen deutlich machen und da ihr Ende finden, wo mit der Hervorbringung privatrechtlicher Gemeinwesen zugleich die Grenze des Privatrechtes erreicht ist und das Gebiet des öffentlichen Rechtes beginnt.

[1]) Vgl. von Liszt S. 6—7, der namentlich auch darauf hinweist, wie der Schutz des öffentlichen Rechtes, auf welchen die Motive vertrösten, das Recht des Einzelnen am Namen gar nicht berührt.

Der Entwurf weiß nichts von einem solchen Rechtsteile. Er empfindet nicht einmal eine Lücke des Systems, welche der Ausfüllung durch eine derartige Erweiterung der Pandektenschablone bedürfte. Denn abgesehen von einigen Zugeständnissen, die er im Familienrecht dem deutschen Gemeinschaftsgedanken macht, kennt er überhaupt keine echte Gemeinschaft. Und ebensowenig kennt er eine als Gemeinwesen ausgestaltete Körperschaft. Sein streng individualistischer Gedankenbau hat außerhalb des Familienrechtes für personenrechtliche Verknüpfungsverhältnisse keinen Raum.

Was zunächst die Gemeinschaftsverhältnisse betrifft, so faßt der Entwurf alle Gemeinschaften ohne eigene Persönlichkeit als rein individualistische Beziehungen zwischen getrennten Personen auf. Den deutschrechtlichen Gedanken der gesamten Hand verschmäht er. Nur bei der ehelichen Gütergemeinschaft hat er ihn bis zu einem gewissen Maße zu Grunde gelegt. Auch hier hat er ausweislich der Motive (IV S. 330 ff.) sich nur mit schwerem Herzen zu einer in seinen Augen so anomalen Konstruktion entschlossen. Beinahe hätte er, um der „Einfachheit" willen und um die Pandektenlogik nicht zu durchlöchern, den ungeheuerlichen Schritt gewagt, die Gütergemeinschaft auf das Alleineigentum des Mannes am Gesamtgut zu bauen. So bringt er denn selbst bei der ehelichen Gütergemeinschaft das Rechtsprinzip der gesamten Hand nur verschämt und unvollkommen zur Geltung und vermeidet insbesondere die ausdrückliche Formulierung und positive technische Bezeichnung des von der normalen „Gemeinschaft nach Bruchteilen" abweichenden Verhältnisses. Im übrigen führt er bei jeder von ihm behandelten Gemeinschaft entweder das Anteilsprinzip oder das Solidarprinzip vollständig durch, erkennt daher bei keiner von ihnen ein personenrechtliches Band als wirksam an. Er läßt weder nach außen eine Zusammenfassung der Teilhaber zu einer in bestimmter Verbundenheit einheitlich berechtigten und verpflichteten Personengesamtheit gelten, noch gesteht er nach innen die Geltung einer von den anteiligen Sondersphären unterschiedenen und nur durch die Gesamtheit in ihrer Verbundenheit beherrschten Gemeinsphäre zu. Kann er die Annäherung an den Gedanken der gesamten Hand nicht überall ganz vermeiden, so bringt er doch nur auf Umwegen durch künstliche Mittel einen entsprechenden thatsächlichen Erfolg zu stande, ohne den Grundsatz der Unverbundenheit der Subjekte als solcher zu opfern. Darum schweigt er zunächst im Allgemeinen Teile in der Lehre von den Rechtssubjekten völlig über die Rechtssubjektivität von Personen-

mehrheiten. Läßt jede Gemeinschaft das Fürsichsein der beteiligten Individuen unberührt, so bedarf es ja in der That keiner Bestimmungen über die Art und Weise, in welcher Personen gemeinschaftlich berechtigt oder verpflichtet sein können. Das Eigentümliche liegt dann immer nur in der Beschaffenheit der gesonderten Befugnisse und Verbindlichkeiten, welche sich aus dem Zusammenstoße mehrerer Subjekte für die einzelnen Subjekte sowohl Dritten gegenüber als im Verhältnis zueinander ergeben. Seinem eigentlichen juristischen Kern nach ist alles Gemeinschaftsrecht eigentlich vielmehr ein Sonderungsrecht! In diesem Sinne behandelt der Entwurf die Gemeinschaftsverhältnisse lediglich an verschiedenen Stellen des Systems der reinen Individualrechte. Von der „Gemeinschaft" ex professo spricht er im dritten Titel (§§ 762—773) des vierten Abschnittes des Obligationenrechtes, welcher „Einzelne Schuldverhältnisse aus anderen Gründen" überschrieben ist, und giebt schon hierdurch zu erkennen, daß er in echt römischer, aber vollkommen undeutscher Weise die Gemeinschaft von der actio communi dividundo her denkt. Außerdem normiert er im ersten Abschnitt des Obligationenrechtes die „Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern" (§§ 320—341) und erwähnt später Gesamtschuldverhältnisse aus Mitbürgschaft (§ 673), Delikt (§§ 713 bis 714) und Quasidelikt (§ 731). Im Sachenrecht regelt er besonders das Miteigentum als einen im Sinne des römischen condominium aufgefaßten Anwendungsfall der communio (§§ 946—951), spricht allgemein von der Eintragung gemeinschaftlicher Rechte in das Grundbuch (§ 827), trifft einzelne Bestimmungen über gemeinschaftlichen Besitz (§§ 799, 817), Grenzgemeinschaft (§§ 854—855), Miteigentum aus Verbindung und Vermischung (§§ 891, 892, 895 Abs. 3), gemeinschaftliche Grundgerechtigkeiten (§ 976) und gemeinschaftlichen Nießbrauch (§ 1012) und ordnet die Lastengemeinschaft aus Korrealverhältnissen bei Dienstbarkeiten (§ 975), Reallasten (§§ 1056 Abs. 2, 1058 Abs. 1), Hypotheken (§§ 1071, 1078, 1131) und Faustpfändern (§ 1150). Dazu treten die Gemeinschaftsverhältnisse des Familienrechtes und die im Schlußtitel des Erbrechtes (§§ 2151—2164) unter der charakteristischen Überschrift „Auseinandersetzung der Miterben" behandelte Erbengemeinschaft. In gleichem Geiste erledigt der Entwurf die „Gesellschaft" unter dem Gesichtspunkte eines rein obligationenrechtlichen Vertrages, welcher als solcher lediglich bestimmte „Schuldverhältnisse" unter den Kontrahenten erzeugt, möglicherweise aber eine „Gemeinschaft" herbeiführt,

bei der dann zwar einige Modifikationen des gewöhnlichen Gemeinschaftsrechtes eintreten, jedoch das innere Wesen der Gemeinschaft keine Wandlung erfährt. Er stellt daher die „Gesellschaft" im dreizehnten Teil des zweiten Abschnitts des Obligationenrechtes (§§ 629 bis 659) mitten unter allerlei anderen „Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden" und zwar sonderbarerweise zwischen der „Einbringung von Sachen bei Gastwirten" und der „Leibrente" dar. Im Einklang mit dieser Systematik hält er dann auch inhaltlich die „Gesellschaft" im Rahmen der römischen societas und einer mit ihr verbundenen communio fest. Nur die auf Betreibung eines Erwerbsgeschäftes gerichtete Gesellschaft kann nach § 659 diesen Rahmen überschreiten, indem sie die Geltung des Rechtes der offenen Handelsgesellschaft für sich vereinbaren kann. Hiermit erlangt sie dann freilich eine ganz andere rechtliche Qualität und gewinnt zugleich im System die ihr vom Handelsgesetzbuch angewiesene Stellung einer personenrechtlichen Gemeinschaft. Allein sie scheidet eben gleichzeitig aus dem System des bürgerlichen Rechtes aus. In diesem ist für eine deutschrechtliche Gesellschaft kein Platz. Und so ist die Systematik des Entwurfes in Ansehung der Gemeinschaftsverhältnisse in der That ein bedeutungsvolles Symptom seiner individualistischen Grundrichtung, mit welcher sich ein echtes Gemeinschaftsprinzip nicht verträgt.

Die Körperschaftsverhältnisse berührt der Entwurf lediglich in dem „Juristische Personen" überschriebenen dritten Abschnitt des Allgemeinen Teils (§§ 41—63). An diese Stelle aber gehören doch neben dem allgemeinen Ausspruch, daß und welchen Verbänden privatrechtliche Persönlichkeit zusteht, höchstens die Sätze über Entstehung und Untergang der Verbandspersonen, den Umfang und die etwaigen Unterschiede ihrer Rechtsfähigkeit und ihre äußere Handlungsfähigkeit. Auch diese Sätze werden zweckmäßiger mit dem übrigen Körperschaftsrecht aus dem Allgemeinen Teil ausgeschieden. Ebenso muß schon aus praktischen Gründen das Stiftungsrecht dem Körperschaftsrecht nachfolgen. Unter allen Umständen aber ist für das gesamte innere und, soweit es von ihm bedingt wird, auch für das äußere Körperschaftsrecht nicht leicht eine minder passende Stätte aufzufinden, als sie ihm der Entwurf anweist. Hier handelt es sich ja doch um eine Fülle eigenartiger und in sich abgeschlossener besonderer Rechtsverhältnisse, welche unmöglich da zu erledigen sind, wo bloß von den Voraussetzungen der Rechtsverhältnisse die Rede ist. Diese Rechtsverhältnisse sind überdies von zusammengesetzter

und teilweise sehr verwickelter Struktur und gehören um so weniger in einen einleitenden Abschnitt. Wenn die unbeschreibliche Dürftigkeit der körperschaftsrechtlichen Normen des Entwurfes die Ungehörigkeit seiner Systematik weniger fühlbar macht, so nehmen sich doch seine Bestimmungen über Einzelheiten des Verfassungsrechtes, über die Schicksale des Vermögens einer erloschenen Körperschaft und über Liquidation und Konkurs in der Nähe der Eingangspforte des Gesetzbuches sonderbar genug aus. Nun aber denke man sich gar den gesamten Inhalt der besonderen Gesetze über privatrechtliche Körperschaften, das Aktiengesellschaftsrecht, Genossenschaftsrecht, Gewerkschaftsrecht u. s. w. diesem Abschnitt, in dem es doch der Idee nach Platz finden müßte, thatsächlich eingefügt, um die Mißgestalt eines derartigen Systems zu ermessen. Und doch! Der Entwurf konnte gar nicht anders verfahren, wenn anders er sich selbst treu bleiben wollte! Die schroffe Durchführung des Pandektensystems ist auch hier keine äußere Zufälligkeit, sondern ergab sich mit innerer Notwendigkeit aus dem treibenden individualistischen Grundgedanken. Für den Entwurf ist die „juristische Person" ein künstliches Individuum, welches durch eine Fiktion beschafft wird, um als Träger eines für bestimmte Zwecke verselbständigten Vermögens zu fungieren. Der Begriff dieser Persönlichkeit erschöpft sich in der „Fähigkeit, Vermögensrechte und Vermögenspflichten zu haben"; soweit aber solche Vermögensrechte oder Vermögenspflichten für eine Körperschaft begründet sind, tritt dieselbe ihren Mitgliedern wie Dritten durchweg als ein ihnen fremdes Einzelwesen gegenüber. Darum sind die personenrechtlichen Verhältnisse zwischen einer Gesamtperson und ihren Gliedpersonen von vornherein aus dem Horizont der Privatrechtsordnung verbannt: für eine Körperschaftsgewalt und die einzelnen aus ihr fließenden Rechte und Pflichten ist im Bereiche des Privatrechts ein Subjekt nicht aufzufinden. Da nun aber unbestreitbar das innere Körperschaftsrecht mit seinen Machtbefugnissen, Stimmrechten u. s. w. zwar bei öffentlichrechtlichen Verbänden in das öffentliche Recht, dagegen bei privatrechtlichen Körperschaften in das Privatrecht gehört, so erhalten wir ein Privatrechtssystem, das für eine Fülle wichtiger Privatrechte schlechthin keine Stätte hat. Vielleicht will der Entwurf ihnen den Rang eigentlicher „Rechte" überhaupt absprechen, andernfalls irren sie nur heimatlos umher! Die vermögensrechtlichen Verhältnisse zwischen Körperschaften und ihren Mitgliedern werden zwar von diesem Schicksal nicht betroffen. Ihnen aber steht nach der Auffassung des Entwurfes irgend

ein Anspruch auf eine besondere Stellung im System in keinem Falle zu. Denn immer handelt es sich nur um Beziehungen zwischen einem künstlichen Individuum und natürlichen Individuen, wobei die Subjekte sich zueinander genau so verhalten, als wären sie beliebige an sich unverbundene und nur zufällig miteinander in Verkehr geratene Einzelwesen. Mithin müssen die gewöhnlichen Kategorieen des individualistischen Sachenrechtes und Obligationenrechtes, welche doch in Wahrheit nur da passen, wo eine Körperschaft und deren Mitglied in eine von ihrer Zusammengehörigkeit unabhängige Beziehung zueinander treten, auch für die juristische Bewältigung des gesamten vermögensrechtlichen Inhaltes der im körperschaftlichen Verfassungsrecht wurzelnden gemeinheitlichen und gliedmäßigen Befugnisse und Verbindlichkeiten ausreichen. Vor allem kann den mit der Mitgliedschaft verknüpften Sonderrechten und Sonderpflichten irgend eine specifische rechtliche Beschaffenheit nicht zuerkannt werden. Der Entwurf geht ihrer Erwähnung vorsichtig aus dem Wege. Was sollte er auch mit ihnen beginnen? In seine Welt der koordinierten natürlichen und künstlichen Einzelwesen tritt der germanische Gedanke einer genossenschaftlichen Vermögensordnung nicht ein. Hier ist kein Raum für alle jene lebensvollen und gerade in der Gegenwart so reich entwickelten Gemeinschaftsformen, bei denen die Herrschaftsbefugnisse über ein Vermögensobjekt nach genossenschaftlichem Prinzip in einheitliches Gesamtrecht einer Körperschaft und vielheitliche Sonderrechte ihrer Glieder zerlegt und doch zugleich durch die Körperschaftsverfassung zum Ganzen zusammengefügt werden. Wollen sie als legitime Bildungen in diesem System unterkommen, so mögen sie sich pressen und zerstückeln lassen, bis sie in die Pandektenschablone hineinpassen. Der Entwurf kennt keine Genossenschaft! Er kennt überhaupt kein Gemeinwesen! Seine Körperschaft ist nicht die höchste Steigerung, sondern die Negation der Gemeinschaft! So kann denn auch für ihn der Eintritt der Körperschaft in das Privatrecht eine Erweiterung des Pandektensystems nicht veranlassen. Das große Gebiet des privatrechtlichen Socialrechtes und des durch die Verflechtung in eine Gemeinlebensordnung socialrechtlich umgebildeten Individualrechtes bleibt ihm ein unentdecktes Land. —

Diese Unzulänglichkeit des vom Entwurfe durchgeführten Systems ist sicherlich ein Mißstand. Immerhin jedoch handelt es sich insoweit, als nur die äußere Anordnung und Verteilung des Stoffes in Frage steht, um eine verhältnismäßig untergeordnete Sache. Das System erlangt ja keine Gesetzeskraft. Mag ein Rechtsverhältnis an

ungeeigneter Stelle geregelt sein, so wird es doch hierdurch an der Entfaltung seines wahren Gehaltes dann nur wenig behindert werden, wenn es in sachlicher Hinsicht die seinem Wesen entsprechenden Normen empfängt. Weniger noch werden die in besondere Reichs- und Landesgesetze verwiesenen Privatrechtsverhältnisse die Kraft zur Durchsetzung ihrer Eigenart dadurch einbüßen, daß ihnen das System des gemeinen bürgerlichen Rechtes keine Stätte offen hält. Dieses System erweist sich ja freilich als unfähig, die ihm gestellte Aufgabe zu lösen. Denn ein wahrhaft „gemeines" Recht müßte die Sonderrechte nicht ausschließen, sondern umrahmen. Doch bleibt nun eben vor den Gittern dieses ängstlich abgeschlossenen Bezirkes freies Feld, auf welchem sich die Sonderrechte ihr eigenes System schaffen mögen!

Allein das System des Entwurfes hat nicht bloß die Bedeutung einer äußerlichen Schachtelung, sondern ist zugleich der Ausdruck eines in sich abgerundeten inneren Gedankenzusammenhanges. Wir haben gesehen, wie überall die Mängel der Systematik auf der Enge des Gesichtskreises beruhen, in welchem der Entwurf vermöge seiner Identifizierung des gemeinen deutschen Privatrechtes mit dem Pandektenrecht befangen bleibt. Hier aber handelt es sich um einen tiefen und verderblichen Fehler in der Grundanlage der Kodifikation. Der Verfasser dieser Zeilen hat vor der Veröffentlichung des Entwurfes auf die Gefahr hingewiesen, welche in der von vornherein beabsichtigten Ausscheidung aller möglichen „Sonderrechte" gelegen war[1]). In welchem Maße aber die damals ausgesprochenen Befürchtungen sich bewahrheiten würden, ließ sich nicht voraussehen. Der Entwurf hat nicht nur keinen Versuch gemacht, „seinen Gedankenbau weit und hoch genug aufzurichten, um das ganze deutsche Privatrecht einschließlich der in Specialgesetze verwiesenen Materien geistig zu umspannen und zu beherrschen". Er hat sich nicht nur „kühl und ablehnend gegen diejenigen auf deutschem Boden erwachsenen Privatrechtsinstitute verhalten, welche den Gedanken der socialen Bedingtheit alles Individualrechtes in altbewährten Formen durch die Jahrhunderte gerettet oder in verheißungsvollen Anfängen neu verwirklicht haben". Nein! Mit dem ihm eigenen folgerichtigen Fanatismus hat er alles ausgemerzt, was nur daran erinnern könnte, daß es außerhalb der Welt der romanistischen Schulbegriffe noch

[1]) In dem Aufsatze über „Die Stellung des künftigen bürgerlichen Gesetzbuches zum Erbrecht in ländlichen Grundbesitz" in Schmollers Jahrbuch Bd. XII S. 418.

eine andere Welt giebt. Nicht einen einzigen Rechtssatz nimmt er auf, der einen Ausblick in die Gebiete eröffnete, auf denen auch fernerhin die germanische Rechtsidee frei und selbständig walten soll. Ja nicht einmal die Vorbehalte, welche zur Sicherung des Fortbestandes aller dieser Sonderrechte erforderlich sind, fügt er seinem Texte ein: er verweist sie in das Einführungsgesetz, damit wenigstens der äußeren Erscheinung nach das romanistische Gedankensystem des Gesetzbuches sich rein und makellos darstelle. Nun klafft der tiefe unversöhnliche Zwiespalt! Mögen Wissenschaft und Praxis zusehen, wie sie sich mit ihm abfinden. Auf dem Boden des gemeinen Rechtes kann nur die orthodoxe Dogmatik ihre Triumphe feiern. Von ihrem Standpunkte aus hat dieses gesamte ketzerische Sonderrecht nur die Bedeutung eines prinziplosen „jus singulare“, in welchem aus allerlei Nützlichkeitserwägungen „contra rationem juris“ verstoßen oder aus „polizeilichen“ Gründen die Logik des echten Privatrechtes durchbrochen wird. Die Sonderrechte selbst aber werden sich nimmermehr in die Rolle eines solchen singulären Rechtes ergeben. Sie werden vielmehr in kräftigster Weise die ihnen immanenten Prinzipien entfalten und bald von der einen, bald von der anderen Seite her die ungebrochene Macht der germanischen Rechtsidee offenbaren, mit welcher ein aus allen organischen Zusammenhängen herausgerissenes und durch die Ausrottung des Gemeinschaftsgedankens verstümmeltes Privatrecht ewig unvereinbar ist. So bekommen wir denn wirklich als „gemeines“ Recht statt einer lebendigen und in die Zukunft wirkenden Einheit eine tote individualistische Schablone, die durch jede aus dem Rahmen herausschreitende Rechtsbildung Lügen gestraft wird. Die „Sonderrechte“ aber entbehren des festen Haltes und des geistigen Zusammenhanges, den sie auf dem mütterlichen Boden des gemeinen Rechtes zu suchen hätten.

Selbstverständlich sind wir weit davon entfernt, die Ausscheidung einer Fülle privatrechtlicher Normenkomplexe aus dem Gesetzbuche prinzipiell zu verwerfen. Wir halten sie im Gegenteil nicht bloß für ein durch die Umstände auferlegtes Gebot, sondern für ein innerlich begründetes Ergebnis unserer Rechtsentwickelung. Denn einerseits ist im modernen Recht die germanische Neigung, für besondere Lebenskreise auch ein eigentümliches Recht auszugestalten, keineswegs erloschen. Und soweit hier umfassende und vielgliedrige Bildungen vorliegen, die in Specialgesetzen kodifiziert oder zu solcher Kodifikation geeignet sind, ist deren vollständige Aufnahme in das Gesetzbuch nicht erforderlich und zum Teil nicht angemessen. Insbesondere ist die

specialgesetzliche Regelung dann gerechtfertigt, wenn ein derartiges Sonderrecht in verschiedene Gebiete des Privatrechtes eingreift oder privatrechtliche und öffentlichrechtliche Rechtssätze zu einem einheitlichen Ganzen verbindet. Andererseits wollen wir ja zwar die Einheit, aber nicht die Uniformität des deutschen Privatrechtes herstellen. Unser gemeines Recht soll überall da für landesrechtliche Besonderheiten Raum lassen, wo tiefgewurzelte Stammeseigentümlichkeiten, durchgreifende Unterschiede der socialen und wirtschaftlichen Verhältnisse oder dringende lokale Bedürfnisse der Gleichförmigkeit widerstreben.

Allein der Entwurf geht zunächst bei der Entscheidung über Aufnahme oder Ausschluß einer Materie keineswegs bloß von diesen in der Natur der Dinge begründeten Erwägungen, sondern großenteils von ganz anderen Gesichtspunkten und Stimmungen aus. Ihm genügt zur Ablehnung eines Gegenstandes jede Inkongruenz desselben mit der abstrakten romanistischen Gedankenschablone. Was nicht in den Pandektenlehrbüchern steht, hat von vornherein die Vermutung wider sich, daß es auch nicht in das bürgerliche Gesetzbuch gehöre. Schon die Berührung einer Privatrechtsregel mit dem öffentlichen Recht, ja schon der politische oder socialpolitische Beigeschmack eines Rechtssatzes rechtfertigt in seinen Augen die Aussperrung. Vor allem sind die rein deutschrechtlichen Institute von Hause aus als unbefugte Eindringlinge verdächtig. Sie müssen überhaupt zunächst einmal die Präsumtion widerlegen, daß sie bloße „trümmerhafte" Reste der Vergangenheit, überlebte Erzeugnisse „mittelalterlicher" Rechtsanschauungen und somit zum „Absterben" reif sind. Gelingt ihnen aber der Nachweis ihrer Lebenskraft, so bleiben sie immer doch „an sich anomal", wie dies die Motive vom germanischen Pfändungsrecht sagen (vgl. oben S. 77 Anm. 2) und orthodoxe Vertreter des romanistischen Dogmas selbst vom Urheberrecht und Erfinderrecht noch heute behaupten. So hat denn der Entwurf eine Reihe von Materien grundlos ausgeschlossen, die er, wenn er seine Aufgabe wirklich lösen wollte, mindestens in den Grundzügen gemeinrechtlich regeln mußte[1]). Wir haben in dem Aufsatz über „Die Stellung des künftigen bürgerlichen Gesetzbuches zum Erbrecht in ländlichen Grundbesitz" nachzuweisen gesucht, daß ein deutsches bürgerliches Gesetzbuch, wenn es auch das Hausrecht des hohen Adels,

---

[1]) Gleicher Ansicht sind F. Dahn, Vorwort S. 4; Mecke, Gutachten S. 3 ff.; Hölder, Vortrag S. 24. Vgl. Bekker S. 3—7.

das Lehnsrecht und das Recht der gesetzlichen Stammgüter auszuscheiden Anlaß hat, doch die Familienfideikommisse nicht übergehen darf. Der Entwurf enthält nichts über sie[1])! In Übereinstimmung mit den Wünschen der berufensten Sachkenner haben wir die Aufnahme einer nach dem Prinzip des Anerbenrechtes geordneten Sondererbfolge in Landgüter in das Gesetzbuch gefordert. Es braucht kaum bemerkt zu werden, daß der Entwurf sich in Schweigen hüllt[2])! Von sonstigen Instituten des deutschen Bauernrechtes ist sicherlich die Gutsabtretung mit Vorbehalt des Altenteils der gemeinrechtlichen Regelung fähig und bedürftig. Der Entwurf beschränkt sich darauf, im Einführungsgesetz (Art. 59) die Landesgesetze zu Vorschriften zu ermächtigen, „welche für den mit der Überlassung eines Gutes in Verbindung stehenden Leibgedingsvertrag, Leibzuchtsvertrag, Altenteilsvertrag oder Auszugsvertrag das Schuldverhältnis zwischen den Vertragschließenden insoweit regeln als eine besondere Vereinbarung nicht getroffen wird". Seit Jahren beginnt sich die Überzeugung Bahn zu brechen, daß das gesetzliche Verbot des geteilten Eigentums, wie es in den meisten Staaten besteht, über das Ziel hinausschießt und vielmehr umgekehrt eine Wiederbelebung der deutschrechtlichen Erbpacht oder die Einführung einer verwandten modernen Rechtsform uns not thut. In Preußen hat die Ansiedlungsgesetzgebung mit der Schaffung des „Rentengutes" einen ersten Schritt in dieser Richtung gewagt. Der Entwurf weiß nichts von einem geteilten Eigentum, einer erblichen Landleihe oder irgend einer gebundenen Besitzform, enthält aber ebensowenig ein Verbot solcher Bildungen, sondern will durch eine Bestimmung des Einführungsgesetzes den Landesgesetzen „die Emphyteuse, das Erbzinsrecht und das Erbpachtrecht" anheimgeben[3]). Er hält sich also auch hier in einer wichtigen legislativen Frage, bei deren Lösung es sich um große socialpolitische Gesichtspunkte von allgemeiner Tragweite handelt, vollkommen neutral. In ähnlicher Weise verfährt er hinsichtlich der gesetzlichen Einschränkungen der Teilbarkeit des Grundeigentums (E. G.

[1]) Auf die Vorbehalte des E. G. Art. 34—35 kommen wir unten zurück.

[2]) Über die den Landesgesetzen durch Art. 83—88 des E. G. zugedachte Ermächtigung sprechen wir am Schluß des achten Abschnitts.

[3]) So Anm. 1 sub I e zu S. 176. Der Entwurf des Einführungsgesetzes schweigt; es scheint, als hielte man die Angelegenheit durch den Vorbehalt zu Gunsten des Agrarrechts in Art. 41 und durch die Übergangsvorschrift des Art. 106 Abs. 2 für erledigt.

Art. 70 Z. 1). Nicht ohne Widerstreben hat er einige allgemeine Sätze über Reallasten aufgenommen. Allein er überläßt nicht nur den Landesgesetzen neben der Regelung der Ablösung von Reallasten die souveräne Entscheidung, ob sie die Begründung der Reallasten überhaupt oder gewisse Arten der Grundbelastung verbieten oder beschränken wollen (E. G. Art. 41 u. 70), sondern enthält sich auch jeder Vorschrift über einzelne Formen der Reallast und versäumt insbesondere die Gelegenheit, durch eine schöpferische gesetzgeberische That den fruchtbaren Gedanken des alten Rentenkaufes in verjüngter Gestalt zu erneuern und in einer gemeinrechtlich geordneten ablöslichen Bodengülte dem Grundbesitz eine seiner Natur entsprechende Kreditform zu bieten. Auch bei den Grunddienstbarkeiten begnügt er sich mit einer abstrakten Schablone, während er alle Fragen von lebendiger Wirklichkeit den Partikularrechten überläßt. Wieder giebt das Einführungsgesetz den Landesgesetzen das Verbot oder die Einschränkung bestimmter Grunddienstbarkeiten und die Regelung ihrer Ablösung völlig anheim (Art. 41 u. 70). Daneben sichert es hier den Fortbestand derjenigen landesgesetzlichen Vorschriften, „nach welchen in Ansehung gewisser Grunddienstbarkeiten oder beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten Inhalt und Maß derselben näher bestimmt sind" (Art. 70). Ein Vorbehalt der letztgedachten Art war in der That unvermeidlich, da der Entwurf nicht einmal den Namen einer konkret bestimmten Grunddienstbarkeit enthält und doch unmöglich die Absicht verfolgen kann, das gesamte geltende Recht hinsichtlich der Weide-, Beholzigungs-, Wege- und Wassergerechtigkeiten, der Gebäudeservituten u. s. w. ohne jeden Ersatz wegzufegen. Man sollte aber meinen, gewisse altherkömmliche und in ganz Deutschland übereinstimmende Sätze über den Inhalt der wichtigsten Grunddienstbarkeiten hätten in das Gesetzbuch selbst gehört! Daß der Entwurf die Gesetzgebung über Gemeinheitsteilungen, Zusammenlegung der Grundstücke und Regulierung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse nicht in seinen Bereich zieht (E. G. Art. 41), wird man billigen können. Dagegen läßt sich mit Grund bezweifeln, ob der Entwurf das gesamte Wasserrecht mit Einschluß des Mühlen-, Flötz- und Flößereirechtes, des Fischereirechtes und des Deich- und Sielrechtes ausschließen und lediglich dem Einführungsgesetz die Überweisung dieser Materien an die Partikularrechte vorbehalten durfte[1]). Denn hier befinden wir uns ja doch, wie jeder

[1]) E. G. Art. 39, 40 u. 43. Dagegen auch Mecke S. 11.

Blick in eine Darstellung des deutschen Privatrechtes lehrt, im Besitz einer Reihe von gemeingültigen deutschen Rechtssätzen, die man im deutschen Gesetzbuch wiederzufinden erwartet. Darüber hinaus aber fordert unser Rechtsbewußtsein im Einklange mit einer deutlich erkennbaren Tendenz unserer neueren Rechtsentwickelung die Anerkennung und allgemeine Durchführung gewisser Prinzipien, denen Bahn zu brechen die Aufgabe unseres künftigen gemeinen Rechtes gewesen wäre. Ähnlich verhält es sich mit dem Forstrecht und namentlich auch mit dem Jagdrecht[1]). Insbesondere ist es eine zwar sehr bequeme, aber eines deutschen Gesetzbuches unwürdige Passivität, wenn die Frage des Wildschadenersatzes mit Schweigen übergangen wird (E. G. Art. 43). Fast wie eine Verstümmelung des gemeinen Rechtes erscheint der völlige Ausschluß des Enteignungsrechtes[2]). Daß der Entwurf das deutschrechtliche Institut der eigenmächtigen Pfändung nicht aufgenommen hat (E. G. Art. 62), ist schon oben als Mißgriff bezeichnet worden. Im Obligationenrecht des Gesetzbuches vermißt man unter anderem den Verlagsvertrag, der hier eine passendere Stätte als im künftigen Handelsgesetzbuch fände[3]). Ungerechtfertigt ist auch die Verweisung des gesamten Versicherungsrechtes in das Handelsrecht. Daß nun gar der Entwurf nicht ein Wort über das Gesinderecht bringt, ist eine ebenso charakteristische wie bedauerliche Unterlassung[4]). Noch manche andere Materie hätte ganz oder teilweise im Gesetzbuch geregelt werden sollen[5]). Am schlimmsten

[1]) Vgl. auch Mecke S. 12.

[2]) E. G. Art. 42 mit der ganz unzulänglichen Begründung S. 162 ff. Vgl. Mecke S. 12.

[3]) Ist auch der Verlagsvertrag für den Verleger Handelsgeschäft, so ist er doch eben regelmäßig nur „einseitiges“ Handelsgeschäft und seine Regelung von diesem einseitigen Standpunkte aus ungerechtfertigt. Sein Schwerpunkt liegt gänzlich außerhalb der Handelssphäre. Vgl. Löwenfeld, Gutachten S. 915—919 und die von ihm angeführte Eingabe des geschäftsführenden Ausschusses des deutschen Schriftstellerverbandes v. 24. Dez. 1888. Bähr, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 31 S. 367.

[4]) Durch Art. 46 des E. G. wird das gesamte Gesinderecht mit Ausnahme einiger für unantastbar erklärten allgemeinen Rechtssätze der Landesgesetzgebung überlassen. Begründet wird dies lediglich mit der Verschiedenartigkeit der geltenden Gesindeordnungen (Motive zum E. G. S. 166 ff., auch Mecke S. 12). Allein ein gemeines deutsches Gesinderecht wäre durchaus möglich und hätte eben nur für örtliche Verschiedenheiten Raum zu gewähren.

[5]) Bekker S. 5 macht auf die vollkommene Übergehung des Wegerechtes aufmerksam. Mecke S. 12—13 hätte es lieber gesehen, wenn die durch Art. 44

aber steht es um das vorgeschlagene gemeine Körperschaftsrecht, welches ein wahrhaft kläglicher Torso ist. Denn nicht nur soll das Einführungsgesetz „die Vorschriften über Verwaltung und Beaufsichtigung der Körperschaften und Stiftungen und über die Beschränkung der Erwerbsfähigkeit derselben“ dem Landesrecht vorbehalten, sondern es wird durch den Text des Entwurfes selbst neben der Entscheidung über die Schicksale des Vermögens einer erloschenen Körperschaft (§ 49) vor allem die Beantwortung der Kardinalfrage nach Bestand oder Nichtbestand einer Körperschaft (§ 42) etwaigen besonderen Reichsgesetzen und in Ermangelung solcher den Landesgesetzen zugeschoben[1])!

Durch solche ungebührlichen Ausschließungen, von denen uns noch manches Beispiel begegnen wird, verengt und entleert der Entwurf das künftige gemeine Privatrecht. Immerhin läßt sich über das richtige Maß der Stoffverteilung zwischen dem Gesetzbuch und den Specialgesetzen streiten. Von Hause aus verfehlt aber ist die vom Entwurfe beliebte Art und Weise der Grenzziehung zwischen den aufgenommenen und den ausgeschiedenen Materien. Denn anstatt zwischen ihnen nach Möglichkeit eine organische Verbindung herzustellen, erstrebt der Entwurf ihre mechanische Trennung.

Sobald die Behandlung irgend einer Materie als Sonderrechtsgebiet feststeht, ist sie für den Entwurf nicht mehr in der Welt. Er nimmt nun überhaupt an keiner Stelle auf sie Rücksicht, entfaltet seine Rechtssätze unbekümmert um das ihnen von dort her drohende Dementi und überläßt es dem Einführungsgesetz, die erforderlichen Ausnahmen zu verfügen. Offenbar zeichnet so das

des E. G. den Landesgesetzen überlassene Regelung der „Zwangsrechte, Bannrechte und Realgewerbeberechtigungen“ einheitlich erfolgt, auch der in Art. 47 des E. G. den Landesgesetzen unterstellte „Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandleihanstalten“ reichsrechtlich geordnet wäre. — Zu billigen ist jedenfalls der auf die „Regalien“ bezügliche Vorbehalt des E. G. Art. 45.

[1]) Diese Ungehörigkeit findet sich näher beleuchtet in meinem für den XIX. Deutschen Juristentag (Verhandlungen Bd. 2 S. 159—311) erstatteten Gutachten über die Frage: „An welche rechtlichen Voraussetzungen kann die freie Korporationsbildung geknüpft werden?“ Übereinstimmend Rosin in dem über die gleiche Frage abgegebenen Gutachten (a. a. O. S. 137 ff.) und der Beschluß des Juristentages Bd. 3 S. 220 ff. u. 320 ff. Vgl. ferner Hölder, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 41 ff.; H. Kausen, Gutachten S. 19 ff.; Schilling S. 28 ff.; Zródlowski S. 55 ff.; Rudloff, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 225—228; Hachenburg, Ann. der bad. Ger. Bd. 54 S. 364; auch Bekker S. 5 u. 20—21, Mecke S. 14. — A. M. Klöppel, Beitr. zur Erläut. des deutsch. Rechts Bd. 32 S. 633 u. 863—870.

Gesetzbuch selbst ein vollkommen falsches Bild des wirklich geltenden Rechtes. Was soll uns denn dieses glatte gemeine Recht, wenn es sich hinterher als eine doktrinäre Abstraktion herausstellt, die vor dem Leben nicht zu bestehen vermag? Warum erfahren wir nicht mindestens sofort aus dem Text des Gesetzbuches, welche Einschränkungen eine von ihm aufgestellte Regel erleidet? Ein bürgerliches Gesetzbuch, welches den Anspruch erhebt, das gesamte Privatrecht insoweit zu regeln, als es nicht selbst eine Ausscheidung vollzieht, übernimmt doch hiermit auch die Pflicht, ein volles und ganzes Privatrecht zu bieten! Es darf sich nicht in einen stillen Winkel zurückziehen, in dem es seine logischen Fäden ungestört abspinnen kann, sondern muß sich in das Centrum der lebendigen Wirklichkeit stellen, um von hier aus mit der Kraft allgemeiner Gedanken auch die fernsten Räume der Privatrechtsordnung zu beherrschen. So hätte der Entwurf überall da, wo er die Fortgeltung von Specialgesetzen in Aussicht nimmt, dies durch einen ausdrücklichen Rechtssatz aussprechen, zugleich aber die hiermit eingeführten Grundgedanken sich aneignen und bei der Ausgestaltung seines Gedankensystems zu Rate ziehen müssen. Und hierbei macht es natürlich keinen wesentlichen Unterschied, ob das fragliche Sonderrechtsgebiet besonderen Reichsgesetzen oder dem Landesrecht anheimfällt.

Wie fern dem Entwurfe jegliche Absicht einer derartigen organischen Verknüpfung des künftigen gemeinen Rechtes mit den ausgeschlossenen Sonderrechten liegt, mögen einige Beispiele zeigen.

So regelt er das **Grundeigentum** ohne alle Rücksichtnahme auf die Fülle deutschrechtlicher Verhältnisse, welche auch fernerhin hier den römischen Eigentumsbegriff Lügen strafen sollen. In § 849 heißt es: „Das Recht des Eigentümers eines Grundstückes erstreckt sich **auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter derselben.**" Daß dieser Lieblingssatz der romanistischen Doktrin durch das **Bergrecht** umgestoßen wird, erhellt erst aus dem Einführungsgesetz[1]). Er würde freilich besser überhaupt gestrichen, da er in seiner unbedingten Fassung eine Absurdität aussagt, während er insoweit, als er einen vernünftigen Sinn hat, sich von selbst versteht[2]). Das Grundeigentum, welches

[1]) E. G. Art. 38; dazu der Vorbehalt des Art. 71 zu Gunsten landesgesetzlicher Abbauberechtigungen hinsichtlich nicht bergrechtlicher Mineralien. Wenn man auch nicht mit **Mecke** S. 9—10 die einheitliche Regelung des ganzen deutschen Bergrechts verlangt, wird man doch der Meinung sein, daß dessen oberste Grundsätze in das bürgerliche Gesetzbuch gehören.

[2]) Vgl. die geistvollen Ausführungen von **Kunze**, Kojengenossenschaften

bis zum Mittelpunkt der Erde reicht, ist gegenüber den modernen unterirdischen Anlagen ein Unding: am Ende könnten gar die Alpenbesitzer über dem Gotthardtunnel, die schwerlich vor dessen Bohrung befragt oder enteignet sind, eine Tunnelstrecke vindizieren und zusperren! Man denke auch an den in den Zeitungen besprochenen Fall des Engländers, der infolge eines Grundstückskaufes Anspruch auf die blaue Grotte von Capri erhob. Mit dem Eigentum an der Luftsäule steht es gegenüber den Telegraphen- und Telephondrähten in unsern Großstädten kaum anders. Auch wird man doch kaum dem Luftschiffer vorwerfen dürfen, daß er sich unaufhörlich des unbefugten Betretens fremder Grundstücke schuldig mache! Allein der Satz des § 849 ist echt römisch und darf also im deutschen Gesetzbuch nicht fehlen! Mit ihm wird nebenbei das in verschiedenen deutschen Gauen alteingebürgerte und bewährte Institut des Geschoßeigentums oder sogenannten horizontal geteilten Eigentums hinfällig. Der Entwurf kennt es in der That nicht. Doch will das Einführungsgesetz (Art. 73) die Landesgesetze ermächtigen, diesem deutschrechtlichen Verhältnis thatsächlich das Leben zu fristen. Nur darf es beileibe nicht als das anerkannt werden, was es wirklich ist! Ein „Eigentum" an einzelnen Stockwerken oder Gelassen eines Gebäudes ist ja „logisch unmöglich". Der partikuläre Gesetzgeber wird daher vom gemeinen Rechte her zu einer theoretischen Konstruktion des Geschoßeigentums gezwungen, durch welche es in ein „Miteigentum an einem mit einem Gebäude versehenen Grundstück" umgedeutet wird, wobei „eine derartige gegenseitige Belastung der Anteile der Miteigentümer" stattfindet, „daß den einzelnen Miteigentümern das Recht zusteht, bestimmte Teile des Gebäudes ausschließlich zu benutzen". In dieser seine Blöße deckenden Vermummung ist das häßliche Institut zwar immer noch nicht salonfähig geworden, so daß es in die Hallen des Gesetzbuches Einlaß fände, kann jedoch in dessen Vorhalle allenfalls geduldet werden. Der Gesetzgeber aber hat durch eine doktrinäre Gewaltthat das naturwüchsige Gebilde des deutschen Rechtes seinem wahren Wesen entfremdet und in seiner praktischen Brauchbarkeit verkümmert[1]). Dem § 849 geht in § 848 an der Spitze des von „Inhalt und Begrenzung des Eigentums" handelnden Titels ein allgemeiner Satz voran, welcher dem Eigen-

und Geschoßeigentum S. 60 ff. Scharf erklärt sich gegen § 849 auch der Artikel der Kreuzzeitung 1888 Nr. 273. Ebenso verwirft ihn Bähr a. a. O. S. 510. Vgl. meinen Vortrag über die sociale Aufgabe des Privatrechts S. 22.

[1]) Den näheren Nachweis findet man bei Kunze a. a. O. S. 73 ff.

tümer das Recht zugesteht, „mit Ausschließung anderer nach Willkür mit der Sache zu verfahren und über dieselbe zu verfügen". Diese schroffe Formulierung des römischen Eigentumsbegriffes wird dann freilich sofort durch den Zusatz ermäßigt: „soweit nicht Beschränkungen dieses Rechtes durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind". Und in den §§ 850—867 stellt der Entwurf selbst eine Reihe nachbarrechtlicher Einschränkungen des Grundeigentums fest. Allein indem im übrigen im Text des Gesetzbuches von keinerlei gesetzlichen Beschränkungen des Grundeigentums die Rede ist und weder die durch Agrar-, Wasser-, Deich-, Forst-, Bau-, Gewerberecht u. s. w. bewirkte Gebundenheit noch die Zulässigkeit der Enteignung noch die Fälle eines gebundenen Eigentums an besonderen Güterarten noch die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch auch nur erwähnt werden, entsteht doch ein vollkommen schiefes Bild. In Wirklichkeit verkehrt ja glücklicherweise schon heute unser geltendes deutsches Recht jene angebliche Willkürherrschaft des Eigentümers bei dem Eigentum an Grund und Boden in ihr Gegenteil! Der Entwurf kann dies nicht ändern. Allein er wahrt zum mindesten den Schein, als stehe das romanistische Dogma für alle Zeiten unantastbar fest! Als sei auch für uns „an sich" der Inhalt des Grundeigentums dem des Eigentums an Fahrnis völlig gleich und dort wie hier bis zu einer ausschließlichen und absoluten Herrschaft über den Sachkörper ausgeweitet! Als sei nun gar die ungleiche Bestimmung des Inhaltes des Privateigentums infolge der geschichtlichen oder natürlichen Unterschiede der Grundstücke ohne jede prinzipielle Bedeutung! Als habe die besondere Ausgestaltung des Eigentums am Walde oder am Wasser oder an Landgütern oder an städtischen Bauplätzen oder an öffentlichen Straßen oder an Kirchen und Gottesäckern mit dem Wesen des Eigentums selbst nicht das mindeste zu thun! Mag nun immerhin das Einführungsgesetz diesen schönen Schein zum guten Teil zerstören, so bleiben wenigstens die Linien des „reinen" Privatrechtes durch alle jene Beugungen des Eigentumsbegriffes unentstellt. Was verschlägt es demgegenüber, wenn dieses reine Privatrecht zu einer unwahren Abstraktion verblaßt und sich mit seinen Fiktionen in eine stille Ecke flüchten muß, in welche die Brandung des Lebens nicht hineinflutet?

In ähnlicher Weise verhält sich der Entwurf im Obligationenrecht zu dem Prinzip der Vertragsfreiheit. Er führt auch hier das individualistische System fast vorbehaltslos durch. Wer nur

den Text des Gesetzbuches zur Hand nimmt, muß zu dem Glauben gelangen, daß es von nun an socialrechtliche Schranken der Vertragsfreiheit nicht mehr geben soll. So zählt nach dem Wortlaut des Entwurfes die Wucherfreiheit wiederum zu den Grundrechten des Deutschen und wird nur durch ein vorbehaltenes specielles Reichsgesetz von singulärem Charakter eingeschränkt. Man lese den § 358 und frage sich, ob er nicht den Eindruck erwecken muß, als entspreche „an sich" die schrankenlose Freiheit wucherlicher Ausbeutung dem Prinzip eines „reinen" Privatrechtes, während für etwaige durch die Not des Lebens erzwungene Ausnahmebestimmungen nur in prinziplosen Anhangsgesetzen Raum sei! Wir werden später sehen, daß dieser Eindruck den Geist des Schuldrechtes, welches der Entwurf vorschlägt, nur allzu richtig widerspiegelt. Man lese ferner die wenigen glatten Sätze über den „Dienstvertrag" (§§ 559—566), welche das gesamte Recht der geistigen und körperlichen Lohnarbeit umspannen und grundsätzlich regeln wollen[1]). Abgesehen von der Vorschrift des § 564, welche dem „Dienstverpflichteten" im Falle lebenslänglicher oder übermäßig langer Bindung nach Ablauf von zehn Jahren ein Kündigungsrecht mit sechsmonatlicher Kündigungsfrist gewährt, enthalten sie keine einzige auf Schranken der Vertragsfreiheit hinweisende Bestimmung. Vielmehr erscheint ihnen zufolge der Dienstvertrag durchweg als freier Kauf und Verkauf der Ware „Arbeit", welcher die Selbstergebung in jede Art von Dienstbarkeit, sei sie thatsächlich selbst der Sklaverei verwandt, möglich macht. Und die sittliche und sociale Seite des Dienstverhältnisses wird höchstens durch § 562 berührt, wonach „bei einem dauernden, die Erwerbsthätigkeit des Dienstverpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnis derselbe des Anspruches auf die vertragsmäßige Vergütung dadurch nicht verlustig wird, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden während einer nicht erheblichen Zeit an der Dienstleistung verhindert wird". Im übrigen ist von den Abwandlungen, welche das abstrakte Vertragsrecht da erleiden muß, wo das Dienstverhältnis die ganze Persönlichkeit ergreift, nicht die Rede. Der Schutz der Persönlichkeit liegt außerhalb des Horizontes der

[1]) Die Bemerkung Mengers, es sei in hohem Maße ungebührlich, daß der Entwurf mit 8 Paragraphen den ganzen Lohnvertrag erledige, „obwohl die Existenz der großen Mehrheit der Nation auf diesen Vertrag gegründet ist", enthält eine bittere Wahrheit. Vgl. auch Löwenfeld, Gutachten S. 896 ff. Auf den Inhalt der vorgeschlagenen Schablone kommen wir später zurück.

„reinen" Privatrechtsordnung. Das „bürgerliche Recht" weiß nichts davon, daß der durch Dienstverhältnisse bewirkte Eintritt in eine Hausgemeinschaft, in einen Berufsverband, in einen geschäftlichen oder gewerblichen Organismus, in einen jener in Wahrheit zu modernen Herrschaftsverbänden ausgestalteten Zusammenhänge, welche die Erwerbsgesellschaft der Gegenwart durchziehen, eigenartige gegenseitige Verbindlichkeiten von sittlichem und socialem Gehalt erzeugen muß. Nun soll ja freilich das in besonderen Reichsgesetzen enthaltene Handels- und Gewerberecht mit seinen Bestimmungen über Handelsgehülfen, Schiffer und Schiffsmannschaft, Gesellen und Lehrlinge, Fabrikarbeiter und sonstige Lohnarbeiter, sowie in der Hauptsache das landesgesetzliche Gesinderecht, das berggesetzliche Recht der Bergleute und wohl noch einiges andere Sonderrecht unberührt bleiben. Allein im Texte des Gesetzbuches findet sich wieder nicht die leiseste Anspielung auf alle diese Dinge. Sie liegen außerhalb des echten Privatrechtes, welches sich auch hier nicht über eine rein individualistische, im Grunde tote und wertlose Schablone erhebt.

Wir werden später davon zu sprechen haben, daß der Entwurf im Widerspruch mit dem deutschen Rechtsbewußtsein und rückschreitend hinter alle sonstigen modernen Gesetzgebungen die Verbindlichkeit zum Schadenersatz prinzipiell nur auf Verschulden gründet und lediglich in einigen schon vom römischen Rechte anerkannten Ausnahmefällen hiervon abweicht. Diese geradezu anachronistische Romanisierung des gemeinen deutschen Rechtes ist bedauerlich genug. In einer Fülle reichs- und landesgesetzlicher Sonderbestimmungen soll aber wiederum im Einklange mit dem deutschen Rechtsgedanken die Haftung für fremdes Verschulden auf Grund besonderer Verhältnisse fortbestehen und zum Teil auch die Haftung aus bloßer Verursachung eines Schadens anerkannt bleiben. Nur darf auch hier durch keinerlei Bezugnahme auf solche Verstöße des Singularrechtes gegen die ratio juris das „reine" Privatrecht getrübt werden[1])!

Giebt es ferner nicht zu denken, daß im ganzen Entwurf die Worte Sonn- und Festtag nicht vorkommen?

Der Entwurf führt das Prinzip abstrakter Rechtsgleichheit der Personen bis zum Nivellement durch. Einige Ausnahmen, die er selbst zu statuieren genötigt ist, sucht er möglichst zu verstecken.

---

[1]) Unter den Bestimmungen des E. G. gehören hierher Art. 9, 24, 43, 46, 56, 62, 63 u. 64.

Daß aber diese Uniformität des Privatrechtes für alles, was Menschenantlitz trägt, durch besonderes Reichs- und Landesrecht sehr viel erheblichere Durchbrechungen erfahren soll, sagt erst das Einführungsgesetz. So schweigt das Gesetzbuch vor allem über das Hausrecht des hohen Adels. Wäre es aber nicht würdiger, den Fortbestand und den Umfang desselben durch einen offenen und klaren Satz des deutschen Gesetzbuches zu gewährleisten und zu begrenzen, als das Sonderrecht der landesherrlichen Familien und der ehemals reichsständischen Häuser durch eine Ausnahmebestimmung in einem Nebengesetz gewissermaßen einzuschmuggeln? Oder soll vielleicht die gewaltige Thatsache des deutschen Privatfürstenrechtes hierdurch als ein eigentlich überlebter Rückstand der Geschichte gekennzeichnet werden, den man nur eben bis auf weiteres noch dulden muß? In der That scheint das Einführungsgesetz, während es hinsichtlich der landesherrlichen Familien den Hausverfassungen und besonderen Landesgesetzen wenigstens durch einen Satz des Reichsrechts, der nur an einer der Bedeutung der Sache wenig entsprechenden Stelle versteckt wird, den Vorrang vor dem gemeinen Recht sichert (Art. 33), das Sonderrecht der standesherrlichen Familien und des ehemaligen Reichsadels auf den Aussterbeetat setzen zu wollen. Denn indem es zu ihren Gunsten lediglich „die Vorschriften der Landesgesetze sowie nach Maßgabe der Landesgesetze die Vorschriften der Hausverfassungen" in Ansehung ihrer Familienverhältnisse und ihrer Güter schont (Art. 34), giebt es ihr Sonderrecht völlig der partikulären Gesetzgebung anheim und ermächtigt jeden Einzelstaat zur gänzlichen Beseitigung ihres autonomischen Rechts. Das Deutsche Reich aber würde nur eine Ehrenpflicht erfüllen, wenn es die Erbschaft des alten Reiches und des Deutschen Bundes anträte und den Fortbestand des geschichtlich erwachsenen Sonderrechtes des hohen Adels durch eine reichsgesetzliche Anerkennung sicherte. Hat es bisher eine derartige Garantie nicht ausgesprochen, so kann es doch in dem Augenblick, in dem es ein bürgerliches Gesetzbuch erläßt, sich dieser Verpflichtung nicht entziehen, ohne die gesamte rechtliche Lage des Standes, welchen ja von nun an kein Begriff eines „gemeinen" deutschen Privatfürstenrechtes mehr zu schützen vermöchte, wesentlich zu verschlechtern[1]). — Auch auf die für Beamte und Militärpersonen fortgeltenden be-

[1]) Vgl. die treffliche Begründung der hier gestellten Forderung in der Denkschrift von G. Beseler, Die Stellung des bürgerlichen Gesetzbuchs Deutschlands zum Familienrecht des hohen Adels, Berlin 1877.

sonderen Rechtssätze deutet der Text des Gesetzbuches nicht hin; nicht einmal das Militärtestament nimmt er auf. Ebensowenig erfährt man aus dem Gesetzbuch etwas von der Fortgeltung des Sonderrechtes der Kaufleute und sonstiger gewerblicher Berufsstände. In gleicher Weise enthält sich der Entwurf jedes Hinweises auf die privatrechtliche Bedeutung der Reichs- und Staatsangehörigkeit und auf die Rechtsstellung der Fremden. Er schließt sogar die Regelung des internationalen Privatrechtes aus. So kann denn nun freilich in dieser „reinen" Privatrechtsordnung das Prinzip der absoluten Gleichheit, mit der keine besondere Färbung des Rechtes durch die Zugehörigkeit der Persönlichkeit zu einem bestimmten Lebenskreise verträglich ist, scheinbar triumphieren. Wieder aber fehlt es an jedem Zusammenhange zwischen dem abstrakten Schema des Gesetzbuches und den außerhalb desselben im Widerspruch mit seinem Grundprinzip entfalteten Rechtsbildungen.

Durch die Ausschließung des Handels-, See- und Wechselrechtes glaubt der Entwurf zugleich jeder Rücksichtnahme auf die allgemeinen Rechtsgedanken überhoben zu sein, welche auf diesen Gebieten sich in eigentümlichen Rechtsinstituten ausprägen. Ein wahrhaft gemeines deutsches Privatrecht aber dürfte nicht in solcher Enge verharren. Sein Gedankenbau müßte auch diese umfassenden Anbauten überwölben und dürfte jedenfalls nicht durch die Errichtung künstlicher Schranken die Kommunikation mit ihnen abschneiden. Wenn dagegen das bürgerliche Gesetzbuch nichts von einem Recht der Wertpapiere, nichts von einem Sondervermögen, nichts von einer beschränkten Haft weiß und die Begriffe der „Gemeinschaft", der „Gesellschaft" und der „Körperschaft" dergestalt faßt, daß die Konstruktion der Reederei, der Handelsgesellschaften, der Aktienvereine und der eingetragenen Genossenschaften mit der Zertrümmerung der civilrechtlichen Kategorieen beginnen muß, so verzichtet ein solches gemeines Recht von vornherein auf die ihm gebührende Suprematie[1]). Ebenso hätte der Entwurf die Urheberrechte und das Erfinderrecht mit ihrer Verweisung in besondere Reichsgesetze nicht zugleich völlig aus seinem Gesichtskreise verbannen dürfen, vielmehr diesen und verwandten Rechten eine Stätte im System bereiten und allgemeine Grundsätze für sie aufstellen müssen. Und auch zum Ge-

[1]) Auch den Mangel allgemeiner Bestimmungen über das Geld rügt Bekker S. 9 mit Recht. — A. M. hinsichtlich der Aufnahme von allgemeinen Rechtsgrundsätzen über „Wertpapiere" und „Geld" ist Koch, Heft 4 der Beiträge S. 2—8.

werberecht und zu der gesamten Socialgesetzgebung hätte er ein anderes Verhältnis gewinnen können, wenn er überhaupt irgend eine innere Verbindung mit dem Socialrecht gesucht hätte.

Wahrlich! Ein gemeines Recht, daß sich in dieser Weise gegen die lebensvollen, triebkräftigen Gedanken abschließt, die rings umher in Sonderrechten frei und ungehindert walten, gerät in Gefahr, in ähnlicher Weise von den Sonderrechten überholt und erdrückt zu werden wie einstmals das „gemeine Landrecht" des Mittelalters!

Einen besonders verhängnisvollen Einfluß hat hierbei überall die Scheu des Entwurfes vor jeder Berührung des öffentlichen Rechtes geübt. Man braucht nur auf die hervorgehobenen Lücken des Personenrechtes, des Körperschaftsrechtes, des Immobiliarsachenrechtes und des Vertragsrechtes hinzublicken, um zu erkennen, daß der Entwurf durchweg mit eiserner Konsequenz alles Privatrecht ausgeschieden hat, welches in sichtbarem Zusammenhange mit dem öffentlichen Rechte steht. Vermutlich hat hierbei der Wunsch mitgespielt, das Zustandekommen des Gesetzbuches zu erleichtern. Denn einmal ließ sich so einer Reihe von schwierigen Fragen ausweichen, bei deren Entscheidung die politischen Parteigegensätze sich geltend machen könnten. Sodann schien auf diese Weise einem etwaigen Widerstande der einzelstaatlichen Regierungen gegen neue Opfer an staatlicher Selbständigkeit der Boden entzogen zu werden. Solchen Erwägungen läßt sich nicht jede Berechtigung absprechen. Allein es fragt sich nur, ob ihnen bis zu dem Grade nachgegeben werden durfte, daß wir nun ein nicht bloß verstümmeltes, sondern innerlich hohles und kraftloses Privatrecht als gemeines bürgerliches Recht der Zukunft hinnehmen sollen. Nimmermehr durfte doch der Entwurf sein Privatrecht inmitten unseres reich bewegten öffentlichen Lebens künstlich isolieren und so aus dem großen einheitlichen Gefüge unseres nationalen Rechtssystems gewaltsam herausreißen! Nimmermehr durfte er die gegenseitige Bedingtheit der privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Institutionen, den hohen germanischen Gedanken der Einheit alles Rechtes völlig ignorieren und eine Verkehrsordnung aufstellen, in welcher sich die socialrechtliche Gebundenheit des Individuums an keinem Punkte widerspiegelt! Nimmermehr durfte er die ganze Aufgabe der organischen Verknüpfung des Privatrechtes mit dem öffentlichen Rechte auf fremde Schultern abwälzen und auch da sich der eigenen Entscheidung entziehen, wo davon, wie in der Frage der Körperschaftsbildung, der Abgrenzung der Eigentumsbefugnisse an Grund und Boden, der Enteignung, der Schranken der Vertrags-

freiheit, der Erbfolge in Landgüter u. s. w., das eigentliche Wesen und Wirken der Privatrechtsordnung abhängt! Das Ziel eines „reinen" Privatrechtes ist auf diesem Wege freilich erreicht worden. Mit Ausnahme weniger Sätze würde dieses Gesetzbuch, falls man sich nur ein an Vorbehalten gleich reiches Einführungsgesetz anderen Stiles hinzudenkt, auch für das deutsche Gemeinwesen des vorigen Jahrhunderts gepaßt haben und allenfalls auch von den asiatischen Kulturstaaten angenommen werden können [1]). Wollen wir aber wirklich ein so farbloses, weltbürgerliches, unstaatliches Recht zu dem Range des gemeinen deutschen Privatrechtes erhöhen? Kaum wird irgend eine politische Partei von nationaler Gesinnung, kaum irgend eine auf das Wohl des Reiches bedachte Staatsregierung hierfür votieren können. Denn wenn auch der Trost bleibt, daß ja diese tote individualistische Schablone ihre Ergänzung nnd Korrektur in Specialgesetzen finden und nicht bloß dem Reich, sondern auch den Einzelstaaten in dieser Hinsicht eine großartige Wirksamkeit gesichert werden soll, so ist es doch ein für unsere künftige politische und sociale Entwickelung keineswegs gleichgültiger Umstand, wie sich das bürgerliche Recht eines deutschen Gesetzbuches zu den großen Fragen des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens stellt. Und eine Stellungnahme liegt auch in dieser scheinbaren Neutralität, welche in Wahrheit, indem sie den Zusammenhang zwischen der Daseinsordnung der Einzelnen und der Ordnung des Gemeinlebens verleugnet, allen denjenigen Tendenzen zu gute kommen muß, die an der Zersetzung unseres Volkskörpers arbeiten und die Entfaltung der erneuernden und verjüngenden Kräfte hemmen.

Soweit besondere Landesgesetze in Frage stehen, wirkt neben dieser Abneigung gegen alle öffentlichrechtlichen Gesichtspunkte noch eine andere unorganische Maxime des Entwurfes ungünstig auf die Art der Grenzziehung zwischen gemeinem Recht und Sonderrecht ein. Der Entwurf hält es für seine Aufgabe, die Aufstellung aller dem Landesrecht gegenüber bloß subsidiären Rechtssätze zu vermeiden. Selten nur weicht er hiervon ab (z. B. durch § 44 Abs. 7 und § 48 Abs. 6 in Verbindung mit § 43 und durch § 856). Regelmäßig kennt er nur die Wahl zwischen unabänderlicher Ordnung

[1]) Auch Zitelmann, Die Möglichkeit eines Weltrechtes, Wien 1888, sagt S. 11: „Man lese ferner die eben erschienenen Motive zum Entwurfe des Allgemeinen Teiles unseres neuen deutschen bürgerlichen Gesetzbuches — es ist geradezu erstaunlich, wie wenig specifisch-nationale Erwägungen sich in demselben finden." Dasselbe gilt auch von den übrigen Teilen. Mit Zitelmann hierin einen Vorzug zu erblicken, bin ich außer stande.

des Reichsrechtes und vollständiger Freiheit des Landesrechtes. In den Motiven wird mehrfach ein im übrigen für annehmbar erachteter Vorschlag ausdrücklich mit der Erwägung beseitigt, daß seine Verwirklichung „anomalerweise" zu einem Reichsrechte führen würde, dem das Landesrecht vorginge (vgl. z. B. I S. 91 und III S. 579). Ein vernünftiger Grund für dieses Verhalten läßt sich nicht entdecken. Das Reichsrecht ist, sofern es nicht selbst eine geringere Kraft in Anspruch nimmt, absolutes Recht. Unser künftiges Reichscivilrecht soll im ganzen Umfange der angestrebten Rechtseinheit und somit seiner Hauptmasse nach diesen Vorrang behaupten. Das Landesrecht soll umgekehrt überall, wo die Möglichkeit einer lokal ungleichen Ausfüllung des reichsrechtlichen Rahmens angezeigt erscheint, die Sätze des gemeinen Rechtes fernerhin nicht brechen, sondern nur ergänzen dürfen. Allein warum soll denn nicht in den hierfür geeigneten Fällen auch ein Reichsrecht geschaffen werden, welches als Ausdruck eines mehr oder minder allgemeinen deutschen Rechtsgedankens die gemeinrechtliche Regel bildet, jedoch mit Rücksicht auf stark abweichende Bedürfnisse und Anschauungen einzelner Landesteile durch das Landesrecht abgeändert oder überhaupt außer Anwendung gesetzt werden kann? Vom Standpunkt der Rechtseinheit aus ist doch ein subsidiäres gemeines Recht immer noch besser als gar kein gemeines Recht! Welche gewaltige Macht einem gemeinen Rechte auch dann innewohnt, wenn es nur subsidiär gilt, läßt sich ja aus der Geschichte des römischen Rechtes in Deutschland oder aus den Schicksalen der preußischen Provinzialrechte unter der Herrschaft des Preußischen Landrechtes unschwer ermessen. Wenn das deutsche Gesetzbuch, sobald es nicht jede partikularrechtliche Abweichung verbieten kann oder will, sofort die Flinte ins Korn wirft und alles den Partikularrechten anheimstellt, beraubt es sich selbst eines wertvollen Mittels nachhaltiger Einwirkung auf den Gang unserer Rechtsgeschichte. Andererseits wird es freilich auch wieder in manchen Fällen, in denen die einfache Verweisung auf Partikularrecht unthunlich ist, zur Unterdrückung berechtigter Verschiedenheiten durch ein zwingendes uniformes Reichsrecht gedrängt. Indem der Entwurf dieses Entweder-Oder mit äußerster Gewaltsamkeit durchführt, opfert er einem rein formalistischen Gesichtspunkte das sachlich angemessene Verhältnis zwischen Einheit und Mannigfaltigkeit des Rechtes. Das starre Prinzip, daß Reichsrecht Landesrecht bricht, ist gewahrt: die Rechtseinheit aber wird zum Teil verkümmert und zum Teil überspannt. Ein scharfer Schnitt trennt wiederum gemeines

und besonderes Recht, wo es eines Bandes bedürfte, das sie zum organischen Ganzen verknüpfte.

Daß in der That der Entwurf so manche der jetzt dem Partikularrecht überlassenen Materien zum Segen unseres Rechtslebens gemeinrechtlich hätte regeln können, falls er sich zu der dann freilich unvermeidlichen Zulassung von subsidiärem Reichsrecht entschlossen hätte, ergiebt sich aus den früheren Ausführungen. Vor allem ist in dem Aufsatz über die Stellung des bürgerlichen Gesetzbuches zum Erbrecht in ländlichen Grundbesitz gezeigt worden, in welcher Weise eine nach dem Prinzip des Anerbenrechtes geordnete Sondererbfolge in Landgüter als subsidiäres gemeines Rechtsinstitut aufzunehmen und auszugestalten gewesen wäre. Auch im übrigen hätte der Entwurf gerade in Bezug auf das Recht des Grundeigentums ein ganz anderes Leben gewonnen, wenn er das Recht der Bauerngüter, das Agrarrecht, das Wasserrecht, das Forstrecht, das Jagdrecht, das Enteignungsrecht u. s. w. nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern für diese Gebiete neben einigen zwingenden Sätzen abänderliche Normen von gemeinrechtlicher Bedeutung aufgestellt hätte. Nicht anders verhält es sich bei dem Pfändungsrecht, dem Gesinderecht und anderen jetzt übergangenen Gegenständen.

Umgekehrt fehlt es im Entwurf nicht an Vorschriften, welche da eine absolute Gleichförmigkeit erzwingen, wo die Zulassung landesrechtlicher Abweichungen geboten gewesen wäre, um die Vergewaltigung tief eingewurzelter Anschauungen und dringender Lebensbedürfnisse, die Unterbrechung des geschichtlichen Zusammenhanges der Rechtsentwickelung und die Losreißung des Rechtes von seiner volkstümlichen Grundlage zu vermeiden. Auf einzelne minder erhebliche Punkte kommen wir später zurück Vornehmlich aber handelt es sich hier um die Stellung des Entwurfes zu einem großen Gebiete deutscher Rechtszersplitterung, zu den verschiedenen Systemen des ehelichen Güterrechtes und des von ihm abhängigen Rechtes der fortgesetzten Hausgemeinschaft. Der Entwurf hat insoweit den richtigen Weg eingeschlagen, als er sich nicht auf die gesetzliche Regelung eines einzigen Systemes beschränkt, sondern nebeneinander die Systeme der Verwaltungsgemeinschaft oder Güterverbindung, der Gütertrennung, der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft und der Fahrnisgemeinschaft durch eingehende gemeinrechtliche Vorschriften normiert, nun aber die unendlich vielgestaltigen partikularrechtlichen Nuancen der einzelnen Systeme und die mancherlei lokal ausgebildeten Neben- und Mischformen beseitigt. Diese fünf großen Typen lassen sich in der That so aus-

gestalten, daß überall in Deutschland an Stelle des bisher geltenden ehelichen Güterrechtes eine der neuen gemeinrechtlichen Formen treten kann, ohne daß ein völliger Bruch mit dem geschichtlich entwickelten Rechtszustande und eine unüberwindliche Antagonie zwischen dem Volksbewußtsein und dem positiven Recht zu befürchten wäre. Allein der Entwurf will trotzdem das formale Prinzip der absoluten Uniformität des Rechtes innerhalb jedes von ihm einmal ergriffenen Gebietes retten! Darum erhebt er für ganz Deutschland eines unter den von ihm geregelten Systemen, das System der Güterverbindung, zum „gesetzlichen Güterstand", während jedes der anderen Systeme nur in Kraft treten soll, wenn sich ein Ehepaar durch einen vor oder nach Eingehung der Ehe gerichtlich oder notariell geschlossenen Ehevertrag ihm unterworfen hat. Der Ehevertrag soll den ehelichen Güterstand überhaupt beliebig gestalten, jedoch nicht durch einfache Bezugnahme auf ein nicht mehr geltendes oder auf ein ausländisches Recht bestimmen können. Dagegen soll zur Einführung eines der im Gesetzbuch geregelten vertragsmäßigen Güterstände die allgemeine Bezeichnung desselben im Ehevertrage hinreichen. Was würde nun die Folge sein, wenn der Entwurf Gesetzeskraft erlangte? Zweierlei ist denkbar. Entweder wird die Vertragsfreiheit in umfassendem Maße benutzt, um nicht nur in einzelnen Fällen den gesetzlichen Güterstand abzuändern, sondern das überkommene eheliche Güterrecht ganzer Städte und Länder als ein nunmehr allgemein gewillkürtes Recht festzuhalten. Dann sinkt offenbar die formell durchgeführte Rechtseinheit auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechtes zu bloßem Schein herab. Oder es werden nur einzelne Eheverträge geschlossen, während die Masse der Bevölkerung den Gang zum Gericht oder Notar versäumt. Dann wird überall, wo der gesetzliche Güterstand in prinzipiellem Gegensatz zum eingelebten Recht und zu den mit ihm verwachsenen Sitten und Anschauungen steht, ein ungewollter Bruch der Rechtsentwickelung vollzogen; die Bevölkerung, die bis auf weiteres unbekümmert um ihr Recht dahinlebt, erfährt bei jeder Berührung mit den Gerichten, daß zwischen dem von ihr für Recht Gehaltenen und dem wirklich geltenden Recht eine schreiende Dissonanz waltet; das Gesetzbuch selbst, dessen eingehende Normierung der vertragsmäßigen Güterstände doch auf die Schonung des volkstümlichen Rechtsbewußtseins in weiten Kreisen der Nation berechnet ist, hat dieses Ziel vollkommen verfehlt.

Vermutlich wird die Sache in verschiedenen Gegenden sich überaus ungleich gestalten. In den Ländern des französischen Rechtes und

in anderen Gebieten, in denen der Abschluß von Eheverträgen üblich ist oder doch die Bedingungen für ihre Einbürgerung vorliegen, wird das thatsächlich geltende Familiengüterrecht ein sehr buntscheckiges Bild gewähren. Hier wird sich auch die in den Motiven ausgesprochene Hoffnung, daß es der „natürlichen Entwickelung" gelingen werde, die „Gewohnheit an das bisherige Recht allmählich zu überwinden und das neue gesetzliche Güterrecht auch thatsächlich zur allgemeinen Geltung zu bringen" (IV S. 143), schwerlich erfüllen. Hat sich doch gerade unter der Herrschaft des Code, welcher dasselbe System wie der Entwurf befolgt, die Eingehung von Eheverträgen zu einer sehr allgemeinen und keineswegs in der Abnahme begriffenen Sitte entwickelt. Auch sonst aber ist durchaus nicht einzusehen, warum der Gebrauch der Vertragsfreiheit, wenn derselbe einmal sich Bahn gebrochen hat, im Laufe der Zeit unpraktisch werden soll. Schon im Mittelalter ist ja in manchen Gegenden einer statutarischen Umwandelung des ehelichen Güterrechtes eine allgemeine Umbildung desselben durch Eheverträge vorangegangen. Dagegen werden in einem großen Teile des Reiches Eheverträge auf immer oder doch auf lange Zeit hinaus wahrscheinlich eine Seltenheit bleiben. Vielleicht werden überall die höheren Stände insoweit, als sie ein Bedürfnis hierzu empfinden, sich der gewährten Vertragsfreiheit bedienen. Sicherlich aber werden vielfach die Bürger und Bauern lieber ein unbekanntes Gesetzesrecht über sich ergehen lassen, als zu dem ihrer ganzen Denkweise fremden, mit Kosten und Umständen verknüpften Mittel gerichtlicher oder notarieller Vereinbarung eines ihren Anschauungen und Bedürfnissen entsprechenden Güterstandes greifen. Am schwersten wird sich die Landbevölkerung zu solchen Verträgen entschließen. Dies liegt nun einmal in der Natur des deutschen Bauernstandes. Und gerade in solchen Gebieten, in denen noch ein urwüchsiges, tief eingewurzeltes, mit gesunden bäuerlichen Besitzverhältnissen verflochtenes Familiengüterrecht lebendig ist, wird die vom Entwurf beabsichtigte Rücksichtnahme auf die „Anhänglichkeit an das bestehende Recht" (vergl. Motive IV S. 141) sich als eitle Täuschung erweisen und die von ihm als Folge einfacher Uniformierung des ehelichen Güterrechtes befürchtete „schwere Bedrückung" (a. a. O. S. 142) trotz seiner Zugeständnisse eintreten. So ist z. B. zu besorgen, daß in Westfalen die allgemeine Gütergemeinschaft, mit deren Wegfall dort ein durch die Jahrhunderte bewahrtes Bauernrecht in seinen Grundfesten erschüttert und ein kraftvolles volkstümliches Rechtsbewußtsein gebrochen werden

müßte, als bloß vertragsmäßiger Güterstand dem Untergange geweiht wäre. Nicht anders verhält es sich vielfach in sonstigen niederdeutschen und in manchen fränkischen Gegenden. In Süddeutschland wird der Errungenschaftsgemeinschaft ein ähnliches Schicksal zum Teil nicht erspart bleiben. Unter allen Umständen ist es wieder der deutsche Bauernstand, der in erster Linie die Zeche zu zahlen hat! Daneben wird der mittlere und kleine Bürgerstand in den an irgend eine Form der Gütergemeinschaft gewöhnten Städten schwer betroffen werden.

Wenn die Motive meinen, es sei „begründete Aussicht" vorhanden, daß gerade der gesetzliche Güterstand des Entwurfes „über kurz oder lang wirklich in das Rechtsbewußtsein eindringen werde" (a. a. O. S. 137), so wollen wir an dieser Stelle auf die innere Beschaffenheit der vorgeschlagenen Güterordnung und das Verhältnis derselben zum deutschen Rechtsbewußtsein nicht eingehen. Jedenfalls liegt die Verwirklichung dieser Aussicht in weiter und unsicherer Ferne. Sicher ist nur, daß zunächst im größten Teile des Reiches das Rechtsbewußtsein der dem deutschen Rechtsgedanken am treuesten anhängenden Bevölkerungsklassen tief verwundet, eines der letzten starken Bänder zwischen dem Volke und seinem Recht zerschnitten und die im Innersten der Familie segensreich waltende Ordnung umgestürzt werden wird. Unleugbar hat ja der wuchernde Partikularismus unserer Rechtsbildung auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechtes, indem er das Stammesrecht zerfraß und oft in den engsten Kreisen innerlich grundlose und mitunter rein zufällige Verschiedenheiten hervorrief, einen völlig unhaltbaren Zustand geschaffen. Schwerer noch hat sich jahrhundertelang die romanistische Doktrin und eine willkürliche und experimentierende Gesetzgebung an unserem Familiengüterrecht versündigt. Allein es heißt doch, das Kind mit dem Bade ausschütten, wenn die Motive behaupten, daß die gegenwärtige Verschiedenheit des ehelichen Güterrechtes in Deutschland mit Stammeseigentümlichkeiten und mit besonderen wirtschaftlichen Verhältnissen überhaupt nichts mehr zu thun habe (a. a. O. S. 138). Im großen und ganzen wirken allerdings die alten Stammesrechte bis heute nach, und zweifellos ist in vielen deutschen Landschaften auch heute das Familiengüterrecht mit besonderen wirtschaftlichen, socialen und kulturellen Zuständen eng verwachsen.

So hätte der Entwurf seinen wahren Beruf erfüllt, wenn er zwar die Auswüchse unserer Rechtsbildung beschnitten und die unentbehrliche Vereinfachung des geltenden Rechtes durch Zurückführung

desselben auf wenige große Grundformen vollzogen, jedoch jeder dieser Grundformen den Rang eines gesetzlichen Güterstandes gewahrt hätte. Er hätte dabei zweckmäßigerweise nicht selbst die Verteilung des Reichsgebietes unter diese Güterstände vorzunehmen, sondern der Landesgesetzgebung die Bestimmung zu überlassen gehabt, welches der gemeinrechtlich geregelten Systeme in den einzelnen Gebieten mangels eines Ehevertrages eintreten soll. Die Motive erkennen an, daß gewichtige Gründe für ein solches „Regionalsystem“ sprechen (a. a. O. S. 133 ff.). Sie meinen aber, vor der „höheren Forderung der nationalen Rechtseinheit“ müsse jedes andere Argument verstummen. Die höhere Forderung der nationalen Rechtseinheit hat ja aber doch den Entwurf nicht abgehalten, in den allerwichtigsten Fragen, wie bezüglich der Körperschaftsbildung, des Inhalts und der Begrenzung des Privateigentums am Lande, der Familienfideikommisse, des Anerbenrechtes u. s. w., auf jede Einheit zu verzichten. Verdient die deutsche Familie nicht die zarte Rücksichtnahme, die hier überall die ungleichen Bedürfnisse und Anschauungen gefunden haben? Sie steht freilich nicht gewappnet da, wie die hier geschonten Interessen, und entbehrt der modernen Kampfesmittel, mit welchen in unseren gesellschaftlichen Konflikten die Siege erfochten werden. Um so mehr aber sollte der deutsche Gesetzgeber liebevoll auf die Bedingungen ihres stillen Gedeihens eingehen und nur mit möglichst leiser Hand ihre geschichtlich gewordene Ordnung berühren. Und es handelt sich ja nicht einmal um die wirkliche Rechtseinheit, sondern lediglich um deren Schein! Jenes höhere Prinzip, dem die volkstümliche Kraft des deutschen Familiengüterrechtes zum Opfer fallen soll, ist das Prinzip einer rein formellen Einheit, zu deren sachlicher Durchbrechung der Entwurf selbst mit mehr als hundert umfangreichen Gesetzesparagraphen Hülfe leistet! Trotz aller Rechtseinheit soll und kann ja der Zustand nicht beseitigt werden, daß die deutschen Ehepaare nach verschiedenen Güterordnungen leben und daß in den vertragsmäßigen Güterrechten, wie die Erfahrung in allen Ländern des französischen Rechtes unwiderleglich zeigt, die historisch entwickelten Besonderheiten der einzelnen Rechtsgebiete fort und fort sich wirksam erweisen. Warum soll denn nur die unmittelbar durch das Gesetz vollzogene Begründung eines Zustandes, dessen mittelbare Herbeiführung der Entwurf sich angelegen sein läßt, soviel bedrohlicher für die nationale Einheit und soviel schädlicher für das gemeindeutsche Verkehrsleben sein? Das verworfene „Regionalsystem“ bringt es ja freilich mit sich, daß vielfach

die zugezogenen Ehepaare, falls nicht die Wandlung des ehelichen Güterrechtes mit der Verlegung des Wohnsitzes zur gesetzlichen Regel erhoben wird, nach einer von der örtlichen Norm abweichenden Güterordnung leben. Allein dasselbe gilt ja nach dem System des Entwurfes nicht nur von den aus dem Auslande eingewanderten, sondern vor allem auch von sämtlichen in einem vertragsmäßigen Güterstande lebenden Ehepaaren. Selbstverständlich bedarf es ferner, sobald verschiedene gesetzliche Güterrechte gelten, der Bestimmung, daß Eheleute sich auf ihr mitgebrachtes Güterrecht Dritten gegenüber nur berufen können, wenn dessen Fortbestand gehörig veröffentlicht ist oder dem Dritten bekannt war oder bekannt sein mußte. Eine derartige Bestimmung aber trifft ja der Entwurf bereits für die vertragsmäßigen Güterstände (§§ 1336—1337) und das zu ihrer Verwirklichung erforderliche „eherechtliche Register" soll ohnehin bei jedem deutschen Amtsgericht geführt werden (§§ 1435—1439). Auch nach dem System des Entwurfes kann niemand, der sich mit Eheleuten einläßt, ohne vorherige Einsicht des Registers mit Sicherheit darauf rechnen, daß sie nach dem gesetzlichen Güterstande leben. Welche erheblichen Nachteile sollen denn nun entstehen, wenn die Zahl der Registereinträge durch Zulassung importierter gesetzlicher Güterstände wächst? Die Unbequemlichkeiten und Gefahren, welche mit der Anerkennung verschiedener Systeme des Familiengüterrechtes verbunden sind, müssen eben von den Eheleuten wie von Dritten stets ertragen werden, sobald nicht unter vollständigem Bruch mit dem deutschen Recht jedem Ehepaar dieselbe unabänderliche Güterordnung aufgezwungen werden soll! Unter allen in den Motiven gegen das „Regionalsystem" vorgebrachten Gründen hat schließlich nur ein einziger nicht bloß diesen doktrinär unitarischen, bei schärferem Hinblick in Nebel zerfließenden Hintergrund, sondern ein reelles Gewicht. Es sei, so heißt es, ein Übelstand, wenn der „Zufall des ersten Wohnsitzes der Ehegatten" über den Eintritt dieser oder jener Ordnung ihrer gesamten Lebensverhältnisse entscheidet (a. a. O. S. 135). Sehr wahr! Aber wahr doch nur, insofern eben wirklich ein „Zufall" den Wohnsitz bestimmt und hinter dem „ersten" Wohnsitz gleich eine ungewisse Zahl anderer Wohnsitze lauert! Vom Standpunkte des modernen Beamten, und ein solcher wird ja wohl in dem Verfasser der Motive stecken, trifft diese Argumentation den Nagel auf den Kopf. Der Offizier, der Professor, der Künstler wird nicht anders empfinden. Auch für einen nicht unbeträchtlichen Teil der gewerblichen Bevölkerung, für fluktuierende Arbeitermassen, für die in die

Großstädte drängenden Elemente läßt sich die Richtigkeit einer derartigen Erwägung nicht bestreiten. Allein ist denn wirklich die Heimatlosigkeit schon der normale Zustand des Deutschen geworden? Ist es für den Gutsherrn auf angestammtem Besitz, für den Bauern auf ererbter Scholle, für den heimatstolzen Bürger der Hansestadt, für den ehrbaren Kleinbürger, für die große Mehrzahl der Kaufleute, Handwerker und Arbeiter ein „Zufall", wo sie ihren Hausstand gründen? Hat die Freizügigkeit die deutschen Stämme so durcheinander gewürfelt, daß in Schleswig-Holstein geschwäbelt und in Oberbayern plattdeutsch geredet würde oder daß überhaupt unsere deutsche Sprache, mit deren Einheit die Motive gerade bei dieser Gelegenheit die geforderte Einheit des Rechtes parallelisieren (a. a. O. S. 137), sich nicht mehr mundartlich bräche? Das bürgerliche Gesetzbuch hat aber doch, bevor es für uns gelehrte Vagabunden und unsere ungelehrten Kollegen sorgt, den seßhaften Kern des Volkes zu bedenken. Kein Zweifel, daß wir Beamte und Professoren und mit uns manche andere Klassen der Bevölkerung bei dem vom Entwurfe vorgeschlagenen System am besten fahren und allerlei Unbequemlichkeiten ersparen würden. Allein was bedeuten in einer derartigen Frage diese oft erörterten und bespöttelten Seltsamkeiten, die sich innerhalb der wandernden Stände daraus ergeben, daß der Zufall ein sorglos heiratendes Ehepaar ahnungslos einem unbekannten Güterrecht unterwirft? Hier ist die Verweisung auf die Vertragsfreiheit am richtigen Platz. Den Ständen aber, die noch eine Heimat haben, wahre man ein mit dem Boden verwachsenes, im Bewußtsein lebendiges, mit der sittlichen Vollkraft eines echten Volksrechtes ausgerüstetes Familiengüterrecht[1])!

So waltet durchweg im inneren Aufbau wie in der äußeren Abgrenzung dieses Systemes unseres künftigen gemeinen bürgerlichen Rechtes der den ganzen Entwurf beherrschende mechanische Geist eines abstrakten Doktrinarismus. Es ergiebt sich ein nach einem streng individualistischen Schema geordneter Komplex von Rechtssätzen für ein aus dem wirklichen Privatrecht herausgerissenes, durch scharf einschneidende, obschon vielfach im Zickzack verlaufende Linien

---

[1]) Für das Regionalsystem erklärt sich auch Bähr in dem von ihm ausgearbeiteten Gegenentwurf des ehelichen Güterrechts, Arch. f. bürg. Recht Bd. 1 S. 233 ff. §§ 5—6. Gegen dasselbe Klöppel, Beiträge z. Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 33 S. 341—342.

von dem Reichs- und landesgesetzlichen Sonderrecht getrenntes, in seinem engen Bereiche abgeschlossenes Privatrechtsgebiet [1]).

In diesem von ihm umhegten Bezirke aber nimmt der Entwurf für seine Normen ausschließliche Geltung in Anspruch. Hier will er souverän und ohne Nebenbuhler herrschen. Das gesamte bisherige Recht tritt insoweit, als eben nicht Vorbehalte gemacht sind, außer Kraft und behält daher neben seinem etwaigen wissenschaftlichen Wert nur die Bedeutung eines Auslegungsmittels für die ihm entnommenen Rechtssätze. Neues Gesetzesrecht kann in Zukunft natürlich auch hier durch die Reichsgesetzgebung, nicht aber durch die Landesgesetzgebung geschaffen werden. Das Gesetz aber ist hier fortan die einzige Rechtsquelle.

Nun ist das Gesetzesrecht des Entwurfes auch auf dem Gebiete seiner Alleinherrschaft lückenhaft. Vollständigkeit ist bei keinem Gesetze erreichbar: schon der Versuch, sie zu erstreben, wäre, wie die Motive richtig sagen (I S. 16), ein „verkehrtes Beginnen". Der Entwurf aber ist sogar trotz seiner oft sich in das Detail verlierenden Ausführlichkeit in hohem Maße unvollständig. Er versäumt oft die Formulierung grundlegender Sätze und übergeht eine ganze Anzahl wichtiger Gegenstände. So haben wir schon gelegentlich bemerkt, daß über die zeitliche und örtliche Herrschaft der Rechtsnormen, über die Grundverhältnisse des inneren Körperschaftsrechtes, über das Namenrecht, über das allgemeine Recht der Wertpapiere, über liegenschaftliche Gerechtsame, über Realrechte nichts aus dem Entwurf zu erfahren ist. Auch von Privilegien, vom Gelde, von Papieren mit der alternativen Inhaberklausel ist nirgends die Rede. Andere Beispiele einer übertriebenen Enthaltsamkeit des Entwurfes werden uns zahlreich begegnen. Die Motive sind voll von umfangreichen Ausführungen, welche den Mangel einer gesetzgeberischen Entscheidung schwieriger oder nicht abgeklärter Streitfragen zu rechtfertigen unter-

[1]) In einem gewissen Gegensatz zu dem sonstigen Verhalten des Entwurfes steht die Aufnahme zahlreicher prozeßrechtlicher Vorschriften. Vgl. L. Goldschmidt S. 197 ff., besonders aber O. Fischer, Recht und Rechtsschutz, eine Erörterung der Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Civilprozeß in Beziehung auf den Entwurf u. s. w., Heft 6 der Beiträge S. 11 u. sonst. Die Entlastung des Gesetzbuches von reinen Verfahrensvorschriften ist sicherlich wünschenswert. Doch geht Fischer in dem Verlangen nach Ausmerzung alles prozeßrechtlichen Stoffes zu weit. Insbesondere darf der Hinweis auf den Schutz der Rechte im Gesetzbuch nicht fehlen. Auch zwischen Privatrecht und Prozeßrecht muß nicht bloß die Sonderung vollzogen, sondern zugleich die organische Verbindung hergestellt werden.

nehmen. Die Lösung wird dann bald der Wissenschaft, bald dem Fortgange der Lebensbewegung aufgebürdet. Mag nun aber im einzelnen Falle das Schweigen des Entwurfes Billigung oder Mißbilligung verdienen, so handelt es sich jedenfalls vielfach um Dinge, bei denen an sich eine sehr verschiedenartige Normierung denkbar ist, irgend eine feste Richtschnur aber in der Praxis gewonnen werden muß.

Wie soll nun die **Ausfüllung** der Lücken des geschriebenen Rechtes erfolgen?

Der Entwurf verweist ausschließlich auf die **Analogie**. Während er im übrigen die Aufstellung von Regeln über die Auslegung der Gesetze für überflüssig hält, verordnet er in § 1: „Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschriften enthält, finden die für rechtsähnliche (sic!) Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend." Wir wollen hier auf die unglückliche Fassung dieses im Wortlaut wie im Gedanken verfehlten Eingangsparagraphen mit seiner unhaltbaren Unterscheidung einer sogenannten „Gesetzesanalogie" und „Rechtsanalogie", mit seiner schwach verhüllten Aufforderung zu einer zunächst einmal vom „Geist" absehenden Buchstabeninterpretation und mit seiner endlichen Verweisung auf einen in gespenstiger Weise hinter dem positiven Recht im leeren Raume auftauchenden „Geist" des Rechtes nicht näher eingehen[1]). Wir fragen nur, wie sich im praktischen Ergebniß unser Rechtsleben gestalten müßte, wenn diese Bestimmung durchdränge. Jede Einwirkung der „Laien" auf die das Gesetzbuch durch Auslegung und Ergänzung dem ewigen Fluß und unerschöpflichen Reichtum des Lebens anpassende Rechtsbildung wäre abgeschnitten. Die Aufgabe, das geschriebene Recht durch ein lebendiges ungeschriebenes Recht mit der geistigen und materiellen Bewegung der wirklichen Welt zu verknüpfen, fiele allein der juristischen Wissenschaft und Praxis zu. Jenseits des Gesetzesbuchstaben gäbe es nur Juristenrecht. Das Juristenrecht wäre innerhalb eines sehr willkürlich abgesteckten Bereiches an den Buchstaben ausdrücklicher Satzungen gebannt. Darüber hinaus wäre es souverän. Läßt sich eine Frage nicht unmittelbar aus dem Gesetzes-

---

[1]) Eine durchaus zutreffende Kritik des § 1 findet man bei Hölder, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 8—13. Vgl. ferner L. Goldschmidt S. 55—57; Bekker S. 25—28; Bähr, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 31 S. 371—372; Zródłowski S. 41; Schilling S. 19—22.

text beantworten, so hat der Jurist zunächst zu prüfen, ob das von ihm zu beurteilende Verhältnis einem im Gesetzbuch geregelten Verhältnis „ähnlich“ ist. Findet er eine Ähnlichkeit, so ist er wiederum gebunden. Verneint er das Vorhandensein einer Ähnlichkeit, wozu er nach seinem Ermessen stets befugt ist, so hat er die maßgebende Norm frei aus dem „Geiste“ der Rechtsordnung zu schöpfen. Diese unfaßbare Rechtsquelle wird sich thatsächlich wohl so ziemlich mit der ja manchmal schon als Rechtsquelle proklamierten „subjektiven Vernunft“ decken. „Was ihr den Geist der Zeiten heißt, das ist im Grund der Herren eigner Geist.“ Die Motive hoffen freilich umgekehrt, die Vorschrift des Entwurfes werde die Wirkung haben, „jedem Abwege von vornherein entgegenzutreten und die Fort- und Durchbildung des Gesetzbuches in seinem eignen Geiste zu sichern.“ Gerade hierin liege ihr Vorzug vor der (im österreichischen und badischen Gesetzbuch erfolgten) Verweisung auf das „Naturrecht“, „dessen Inhalt in jedem gegebenen Falle nur dasjenige bildet, was der Konstruierende für wahr hält“. Eine Berücksichtigung der „Natur der Sache“ sei auch bei der Rechtsanalogie „nicht ausgeschlossen“, habe aber nur die Bedeutung einer Ergründung des Faktischen, während sodann die anzuwendende Norm durch eine rein „logische“ Operation „aus den allgemeinen, dem positiven Rechte zu Grunde liegenden Prinzipien“ abzuleiten sei. Es ist indes sehr zu besorgen, daß die logischen Denkgesetze sich keineswegs als mächtig genug erweisen werden, um irgend eine Gleichmäßigkeit der aus dem „Geiste der Rechtsordnung“ geschöpften Entscheidungen zu verbürgen. Selbst in der Verweisung auf das „Naturrecht“ und jedenfalls in der Verweisung auf die „Natur der Sache“ steckt eher ein Moment von objektiver Bindung als in dieser Blankettvollmacht zu logischen Folgerungen aus allgemeinen Prinzipien. Die „dem positiven Recht zu Grunde liegenden Prinzipien“ sind doch keine eindeutigen, nach Bestand und Tragweite über jeden Zweifel erhabenen Axiome. Am wenigsten würde der Streit über die Grundprinzipien des geltenden Rechtes für immer geschlichtet sein, wenn mit der Einführung des Entwurfes das Privatrecht sich in ein romanistisch gedachtes gemeines Recht und deutschrechtlich fundamentierte Sonderrechte spaltete. Die Motive vertauschen freilich ohne weiteres den in § 1 citierten Geist der „Rechtsordnung“ mit dem Geist des „Gesetzbuches“. Schwerlich aber wird die deutsche Jurisprudenz sich abhalten lassen, solche Fesseln zu sprengen. Wer auf das Ganze des deutschen Rechtes in seinem geschichtlichen Zusammenhange blickt, wird auch fernerhin sich für be-

rechtigt halten, den „Geist der Rechtsordnung" in einem freieren und weiteren Sinne zu verstehen. So wird man aus diesem Geist das Allerverschiedenste herauslesen und zuletzt den eignen Geist in die Entscheidung hineinlegen. Für die freie Bewegung der Wissenschaft kann dies nur von Vorteil sein: die Wissenschaft läßt sich sowenig einen bestimmten Geist von außen her aufzwingen, wie sie ihrerseits eine äußerlich bindende Autorität in Anspruch nimmt. Allein die Praxis, die in jedem einzelnen Falle den von ihr gefundenen Rechtssatz den Beteiligten als eine über ihr Wohl und Wehe entscheidende autoritative Norm auferlegt, bedarf doch einer festeren und konstanteren Richtschnur. Sicherlich kann ohne weitgehende Freiheit des richterlichen Ermessens eine gesunde Rechtsprechung nicht gedeihen[1]). So hoch wir aber diese Freiheit werten und einen so verständigen Gebrauch derselben wir unserem Richterstande zutrauen mögen, so können wir doch die Befürchtung nicht unterdrücken, daß eine mit dem „Geist der Rechtsordnung" als selbständiger Rechtsquelle schaltende Praxis vielfach in Willkür und Zerfahrenheit verfallen wird. Die erhoffte Rechtssicherheit wird sich schwerlich einstellen, wenn in jedem nicht genau unter einen Gesetzesparagraphen passenden Fall die Möglichkeit vorliegt, daß aus einem unentdeckten „Prinzip" eine ungeahnte „logische Konsequenz" hervorspringt, welche alle bisherigen Ausdeutungen des Geistes der Rechtsordnung über den Haufen wirft. Nach § 1 des Entwurfes aber ist der Richter zu solcher doktrinären Gewaltthat nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, sobald ihm eine neue Offenbarung über jenen Geist zu teil wird[2]). Und hiervon kann ihn in Zukunft eine noch

[1]) Mit großer Wärme tritt G. Hartmann a. a. O. S. 314—320 und 400—407 für die Freiheit des richterlichen Ermessens ein; er rühmt dem Entwurfe nach, daß derselbe in dieser Hinsicht einen ziemlichen Spielraum gewähre, weist den von anderen erhobenen Vorwurf einer zu weit gehenden Abladung juristischer Probleme auf den Richter zurück und verlangt vielmehr eine noch ungleich größere Enthaltsamkeit in der Aufstellung von Gesetzesregeln. Nach unserer Auffassung giebt der Entwurf dem Richter teils zu wenig teils zu viel an Freiheit: er verurteilt ihn zur Buchstabenknechtschaft und entschädigt ihn durch Willkürherrschaft jenseits des gedruckten Wortes! Je mehr aber der Richterstand im Bereiche des Gesetzesparagraphen zur willenlosen Maschine herabgewürdigt wird, desto unfähiger wird er sich zeigen, von der ihm im übrigen eingeräumten Freiheit den rechten Gebrauch zu machen. Wir fürchten, daß Bähr „die Zukunft der deutschen Rechtsprechung", wie sie sich unter der Herrschaft eines solchen Gesetzbuches gestalten müßte, nur allzu richtig prophezeit haben würde (Grenzbotenaufsatz u. Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 31 S. 371—372). Vgl. auch Bekker S. 28.

[2]) Die Hoffnung Zitelmanns, Heft 89 der Beiträge S. 1 ff., daß es

so befestigte und konstante abweichende Übung weder zurückhalten noch entbinden. Denn dem Gewohnheitsrecht und folgeweise auch dem Gerichtsgebrauch wird jegliche Kraft versagt.

Die Abschaffung des Gewohnheitsrechtes vollzieht der Entwurf mit seinem § 2, welcher — unschön genug — lautet: „Gewohnheitsrechtliche Normen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrechte verweist." Eine solche Verweisung findet sich im ganzen Entwurf nicht ein einziges Mal! Fände sie sich aber auch oder würde sie in einem späteren Reichsgesetz beliebt, so bliebe doch das Gewohnheitsrecht als echte und selbständige Rechtsquelle beseitigt. Es wäre ja in derartigen Fällen immer nur ein den Inhalt der Gewohnheit sich aneignendes Gesetzesrecht anerkannt.

So haben denn also die Meister der geschichtlichen Rechtswissenschaft für den deutschen Gesetzgeber umsonst gelehrt! Mögen sich die wissenschaftlichen Großthaten der historischen Schule nicht ungeschehen machen lassen: im Leben hat sie abgewirtschaftet. Die Gesetzgebung nimmt den Faden genau da auf, wo sie einstmals ihn fallen ließ, als die von Deutschland ausstrahlenden neuen Einsichten in das Wesen und Werden des Rechtes sie zur Selbstbesinnung riefen. Doch nein! Die Motive können ja nicht bloß das Beispiel der älteren Kodifikationen, welche den Anschauungen ihres Zeitalters gemäß im gesetzgeberischen Staatswillen die alleinige und letzte Quelle alles Rechtes erblickten, für eine mehr oder minder radikale Ausschließung des Gewohnheitsrechtes anführen (I S. 4), sondern sie sind auch in der Lage, auf das leuchtende Vorbild des sächsischen Gesetzbuches hinzuweisen (a. a. O. S. 5). Sie hätten nicht ohne Aussicht auf Zustimmung weiter Kreise kühner vorgehen und getrost behaupten dürfen, daß inzwischen der Standpunkt der historischen Schule überhaupt wiederum überwunden sei. Gelten doch vielen ihre tiefen, lebenspendenden Gedanken, weil sie in ihrer Tiefe noch unausgeschöpft und längst noch nicht bis zum Grunde durchklärt sind, nur noch als mystische Verirrungen der romantischen Periode. Um das Recht zu verstehen, reicht es aus, die wasserklaren Ideen der Macht und des

durch noch genauere und vollständigere Fassung der Rechtssätze gelingen werde, die Gefahr der Richterwillkür zu beseitigen oder wesentlich abzuschwächen, halten wir für völlig eitel; vgl. unten Neunten Abschnitt. — Wenn Menger a. a. O. S. 16—17 an Stelle der „Analogie" die Entscheidung nach „Zweckmäßigkeit" eintreten lassen will, sobald der Gesetzesbuchstabe schweigt, so tritt in diesem Vorschlage die Verleugnung des Rechtsgedankens seitens des Socialismus deutlich zu Tage. Davor möge uns Gott bewahren!

Nutzens zu verbinden. Wir können also auch bezüglich der Rechtsbildung direkt an die Lehren der naturrechtlichen Zeit anknüpfen, sobald wir nur aus ihnen die ideale Vorstellung des über aller Macht und allem Nutzen stehenden Vernunftrechtes entfernen und dafür den Gedanken der räumlichen und zeitlichen Bedingtheit der gesamten Rechtsordnung einsetzen. Die Motive bekennen sich nicht offen zu den rationalistischen und utilitarischen Doktrinen. Sie deuten nur an, daß die historische Schule mit ihrer „Verherrlichung“ des Gewohnheitsrechtes doch eigentlich in eine Schwärmerei für barbarische „Anfangsstadien“ des Volkslebens verfallen und von einer neueren Schule überführt sei, wie diese unbewußte Rechtserzeugung sich für aufgeklärte Zeitalter nicht mehr schicke und deshalb im Interesse des Fortschritts durch die Gesetzgebung endlich ganz verdrängt werden müsse (a. a. O. S. 5). In der „rechtsphilosophischen“ Frage nach der letzten Grundlage des Rechtes lassen sie sogar die Auffassung der historischen Schule als möglich gelten (a. a. O. S. 6). Allein sie erklären schließlich solche geschichtlichen und philosophischen Erwägungen überhaupt für überflüssig, weil die für die im Entwurfe getroffene Entscheidung maßgebenden Gründe „ausschließlich praktischer Natur“ seien. Und bei der Darlegung dieser „Zweckmäßigkeitsgründe“ wider das Gewohnheitsrecht springen sie nun freilich mit beiden Füßen in den Vorstellungskreis des seichtesten Utilitarismus hinein.

Sie führen zunächst aus, daß das Gewicht der für das Gewohnheitsrecht sprechenden Erwägungen „relativer Natur“ sei und deshalb „ein zwingendes Bedürfnis für die Zulassung des Gewohnheitsrechtes“ nicht anerkannt werden könne. Das dem Gesetz zuwiderlaufende Gewohnheitsrecht werde durch die Flüssigkeit der modernen Legislative, das ergänzende Gewohnheitsrecht durch die freie Thätigkeit der wissenschaftlichen Jurisprudenz und durch die richterliche Handhabung der Gesetzes- und Rechtsanalogie „entbehrlich“ gemacht. Gebe es aber keine zwingenden Gründe für das Gewohnheitsrecht, so müsse aus der zwiefachen Rücksicht auf die Rechtseinheit und auf die Rechtssicherheit die Entscheidung wider das Gewohnheitsrecht fallen.

Was nun zuvörderst das derogatorische Gewohnheitsrecht betrifft, so ist das gesetzliche Verbot desselben von verhältnismäßig untergeordneter Bedeutung. Zum Schutze der Rechtseinheit ist es überflüssig, weil ja ohnehin unser heutiges Reichsrecht, soweit es nicht ausnahmsweise bloß subsidiäre Geltung in Anspruch nimmt,

sowenig durch partikuläres Gewohnheitsrecht wie durch partikuläres Gesetzesrecht gebrochen werden kann[1]). Soweit es aber auch gemeindeutsches abänderndes Gewohnheitsrecht ausschließen will, ist es in letzter Instanz wirkungslos. Denn kein Gesetz kann hindern, daß es veraltet und in Vergessenheit gerät. Es kann, wie die Beispiele der Ehe zur linken Hand und des Erbschatzes im Preußischen Landrecht zeigen, nicht einmal den Eintritt seiner Bestimmungen in das Leben erzwingen, sobald das Rechtsbewußtsein dieselben mit Entschiedenheit ablehnt. Die modernen Gesetzgeber scheinen nur ungern sich der Schranken ihrer Macht zu erinnern. Sie suchen daher fast einstimmig ihr Werk durch das Verbot der desuetudo vor dem Schicksal alles Lebendigen zu bewahren. Allein beim Erlaß eines deutschen Gesetzbuches, das eine vielhundertjährige Entwickelung abschließen und eröffnen will, sollte man wahrlich mit einer so geschmacklosen Sitte brechen. Längst hat man ja die Versuche früherer Gesetzgeber aufgegeben, einem Gesetz durch das Verbot künftiger gesetzlicher Abänderung Unsterblichkeit zu sichern. Das Verbot der gewohnheitsrechtlichen Abänderung aber ist im Grunde nicht minder sinnlos. Es ist nur nicht ebenso unschädlich. Vielmehr bringt es zunächst den Gesetzgeber in eine schiefe Position zum Rechtsbewußtsein der Nation. Das Verhältnis zwischen der geschriebenen Satzung und dem volkstümlichen Rechtsleben wird von vornherein auf gegenseitiges Mißtrauen basiert. Ein deutsches Gesetzbuch müßte doch seine Sätze so einrichten, daß sie, wenn sie auch auf partikulären Widerstand stoßen, nicht von der Nation im ganzen abgelehnt werden. Zeigt sich aber eine einzelne Bestimmung als undurchführbar oder wird sie im Laufe der Zeit unhaltbar, so darf auch der Nation nicht das Recht verkümmert werden, durch Bethätigung ihrer abweichenden Rechtsüberzeugung die geschriebene Satzung abzuwerfen oder umzuwandeln. Die Motive meinen, die Bildung eines gemeinen Gewohnheitsrechtes werde in Zukunft überhaupt kaum möglich sein. Wozu dann das Verbot? Wenn es sich aber anders verhielte und nun dennoch einmal die Voraussetzungen eines gemeindeutschen Gewohnheitsrechtes vorlägen, wenn ein Satz des Gesetzbuches dem gesamten Rechtsbewußtsein fremd geworden und ein gegenteiliger Satz in allgemeine Übung gekommen wäre, wenn vielleicht eine konstante und von der Autorität des Reichsgerichts getragene Praxis überall den Glauben an die Geltung einer vom Gesetzestext abweichenden

[1]) Vgl. G. Hartmann S. 325.

Norm hervorgerufen hätte, — soll dann immer noch der tote Buchstabe den Rang des in Wahrheit herrschenden Gesetzes behaupten? Es wird ihm dies wenig nützen. Allein welche Rechtsunsicherheit entsteht, bis einmal auch formell die abgestorbene Vorschrift aufgehoben worden ist! Wenn nun ein Richter gewissenhaft oder pedantisch genug ist, den Leichnam zu galvanisieren, weil derselbe ja nach dem Willen des Gesetzgebers noch lebt? Er macht sich vielleicht lächerlich, aber sein Spruch ist nicht anfechtbar! Dies alles aber ist um so bedenklicher, als mit dem derogatorischen Gewohnheitsrecht auch die gewohnheitsrechtliche Befestigung einer bestimmten Auslegung des Gesetzes hinfällig wird[1]). Denn keine Auslegung ist davor gesichert, daß sie nicht einem anderen als unrichtig erscheint, und häufig stellt sich in der That zweifellos heraus, daß eine durch lange Zeit hindurch allgemein angenommene Auslegung den ursprünglichen Sinn eines Gesetzestextes verfehlt hat. Streicht man aber die Usualinterpretation, so schwächt man gleichzeitig die Lebenskraft des Gesetzesrechtes und die Sicherheit des Rechtsverkehrs. Ein Gesetzbuch wird nur dann auf langen Bestand rechnen können, wenn es durch den Gebrauch zugleich fort- und umgebildet und so den veränderten Anschauungen und Bedürfnissen unmerklich angepaßt wird. Ohne eine oft überaus mißverständliche Deutung hätte das Corpus juris civilis niemals von den Toten auferstehen und die mittelalterliche Welt erobern können. Soll jedoch eine noch so konstante und noch so tief in das Rechtsbewußtsein eingedrungene Interpretation niemals zur bindenden Norm erstarken, sondern in jedem Augenblick einem besseren Textverständnis weichen, so entsteht eine allgemeine Unsicherheit, welche in demselben Maße wachsen muß, in dem sich der zeitliche Abstand von der Kodifikation vergrößert. Der gemeinrechtlichen Praxis kann der Vorwurf nicht erspart werden, daß sie in unserem Jahrhundert oft genug sich am deutschen Rechtsleben versündigt hat, indem sie unter Verwerfung eines aus „Irrtum" hervorgegangenen Gewohnheitsrechtes den wahren Sinn römischer Quellenstellen im Leben zur Geltung zu bringen und so die von unseren Vorfahren versäumte Reception des „reinen" römischen Rechtes nachzuholen unternahm[2]). Auch im Gebiete des Preußischen Landrechtes ist seit der Vertiefung der Forschungen über die Entstehungsgeschichte des

[1]) Hierauf macht namentlich auch Hölder a. a. O. S. 15 ff. aufmerksam.

[2]) Über die bedenkliche Richtung, welche auch das Reichsgericht in der Frage der Usualinterpretation eingeschlagen hat, vgl. Zitelmann, Gewohnheitsrecht und Irrtum, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 66 S. 323 ff.

Gesetzbuches der gleiche Fehler nicht immer vermieden worden. Im ganzen aber scheut die Praxis in gesundem Gefühl vor der konsequenten Durchführung derartiger Grundsätze zurück. Sie weiß sogar da, wo der Gesetzgeber die Bildung eines abändernden Gewohnheitsrechtes ausdrücklich verboten hat, eine gerichtsgebräuchliche Auslegung, welche ein wirkliches Lebensbedürfnis befriedigt, trotz aller besseren Einsicht in den ursprünglichen Sinn des Gesetzes aufrechtzuerhalten. Freilich sieht sie sich in solchen Fällen zu allerhand Winkelzügen genötigt. Allein sie zieht eben selbst die krummsten Wege dem Umsturz des lebendigen Rechtes durch den toten Buchstaben vor. Verführe sie anders, gehorchte sie unbedingt dem Befehl des Gesetzgebers, so wäre in der That der gesamte Rechtszustand den unerträglichsten Schwankungen und den gewaltsamsten Erschütterungen ausgesetzt[1]).

[1]) Man nehme beispielsweise an, daß sich ein Gericht von der Unvereinbarkeit der üblichen Organisation der deutschen Aktienzuckerfabriken mit Art. 219 des H. G. B. überzeugt. Welches Gericht wird in diesem Falle den Mut haben, die Konsequenzen zu ziehen und alle diese ohne Anstand eingetragenen, in langjährigem Bestande eingelebten, von der Praxis bisher anerkannten Aktiengesellschaften als nichtig zu behandeln? Auch das Reichsgericht, das sich jüngst in drei Erkenntnissen vom 15. Jan., 22. Juni und 26. Nov. 1886 (C. S. Bd. 17 Nr. 1—3, S. 1—22) mit dieser Gesellschaftsform beschäftigt hat, erklärt ein solches Verfahren für undenkbar. Da es aber seinerseits in der That nach dem Vorgange von Wolff die Belastung der Aktionäre als solcher mit der Rübenlieferungspflicht durch Art. 219 für ausgeschlossen hält, während es doch dem Art. 1 des H. G. B. gegenüber ein abänderndes Gewohnheitsrecht nicht zugeben darf, greift es zu künstlichen und widerspruchsvollen Auskunftsmitteln. Insbesondere baut es im Erk. v. 26. Nov. die Rübenlieferungspflicht auf lauter besondere Verträge mit den einzelnen Aktionären „als Dritten“, wobei dann weiter angenommen werden muß, daß die Aktionäre durch gleichzeitige Abmachungen sich in dieser Hinsicht dem Statut unterworfen, die Verbindung der übernommenen Pflicht mit der Aktionäreigenschaft vereinbart, den Gesellschaftsorganen Vertretungsvollmacht erteilt haben u. s. w. Eine widernatürliche, unwahre und haltlose Konstruktion, die eigentlich erst recht dazu führen müßte, diese Gesellschaftsgebilde wegen Gesetzesumgehung für ungültig zu erachten! Nach meiner Auffassung schließt Art. 219 die verfassungsmäßige Belastung der Mitglieder der Aktiengesellschaft mit einer von der kapitalistischen „Beitragspflicht“ verschiedenen „Leistungspflicht“ nicht aus (vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 271 Anm. 2 u. S. 919). Sollte aber diese Auslegung des Art. 219 unrichtig sein, so würde sich eben hier bewähren, wie verkehrt und undurchführbar die Abschaffung der Usualinterpretation ist. Mein Kollege Brunner erblickt daher, wie er freundlich mir mitzuteilen gestattet, in dem Bestande dieser nach seiner Auffassung mit Art. 219 unvereinbaren Aktiengesellschaften geradezu den Ausdruck eines gemeinen Gewohnheitsrechtes, welches sich trotz des Verbotes der gewohnheitsrechtlichen Abänderung des Handelsgesetzbuches gebildet habe und den Beweis für die Unwirksamkeit eines solchen Verbotes erbringe.

Wozu also dieses gesetzgeberische Verbot, welches täglich umgangen wird und umgangen werden muß, wenn das Rechtsleben gesund bleiben soll? Oder hofft man wirklich, daß dieses Mal die gesetzgeberische Allmacht sich nicht als Illusion erweisen und jeden Widerstand des Volkes und der Gerichte einem schwachen Rohre gleich knicken werde? Die Motive scheinen es anzunehmen und trösten über die etwaigen Schäden, welche aus zeitweiliger Disharmonie zwischen Recht und Rechtsüberzeugung entspringen mögen, mit dem Hinweis auf den „heutigen Fluß der Legislative". Sie meinen, die Gesetzgebungsmaschine werde jederzeit prompt genug arbeiten, um das Gesetzesrecht mit den wechselnden Lebensverhältnissen im Einklange zu erhalten; versäume sie es aber, so sei der vorübergehende Mißstand immer noch „den mit dem allmählichen Werden eines abweichenden Gewohnheitsrechtes für die Allgemeinheit verbundenen Unzuträglichkeiten" vorzuziehen. Welche mechanische Vorstellungsweise! Welche Überschätzung der Gesetzgebungskunst! Welch Abfall von der idealen Auffassung des Rechtes! Welche Verkennung des unvergleichlichen Wertes eines ungebrochenen Rechtsbewußtseins, dessen Verwundung durch den gewaltthätigen Zwang eines zu Unrecht gewordenen Rechtes kein nachhinkendes Gesetz ungeschehen macht!

Der Entwurf will aber nicht bloß das abändernde, sondern auch das ergänzende Gewohnheitsrecht abschaffen. Und diese Maßregel ist noch um vieles willkürlicher, grundloser und schädlicher! Die Beseitigung der desuetudo entspricht wenigstens einer verbreiteten Strömung, die auch den fünften deutschen Juristentag mit sich fortgerissen hat. Derselbe Juristentag aber hat sich ausdrücklich für die Fortgeltung des ergänzenden Gewohnheitsrechtes erklärt. In der That ist hier die Berufung auf das Bedürfnis der Rechtssicherheit geradezu unverständlich. Mag immerhin, wie die Motive mit den Worten Iherings sagen, „Unbestimmtheit das unvertilgbare Merkmal der meisten konkreten Gewohnheitsrechte" sein, so gilt dies doch nur im Vergleich zur ausdrücklichen Satzung. Dagegen ist das unbestimmteste Gewohnheitsrecht immer noch eine festere und objektivere Macht als die vom Entwurf an dieser Stelle zur Alleinherrschaft berufene „Gesetzes- und Rechtsanalogie". Wir verweisen auf unsere obigen Ausführungen und halten es bis auf weiteres für unwiderleglich, daß die Rechtssicherheit nicht verlieren, sondern gewinnen müßte, wenn die aus dem „Geist der Rechtsordnung" schöpfende Rechtsfindung durch einen anerkannten Gerichts-

gebrauch in Schranken gehalten würde. Wie soll nun diese eingebildete Besorgnis die von den Motiven zugestandene Gefahr aufwiegen, daß durch die Abschaffung des Gewohnheitsrechtes „das Recht an Elasticität und an der Fähigkeit, sich jederzeit alsbald dem Leben anzuschmiegen, Einbuße erleide"? Die Berufung aber auf das Bedürfnis der Rechtseinheit kann natürlich auch hier unter allen Umständen nicht den Ausschluß des gemeinen Gewohnheitsrechtes rechtfertigen. Daß aber ergänzendes Gewohnheitsrecht von gemeindeutschem Charakter sich in Zukunft bilden kann, wird selbst derjenige kaum bestreiten, der die Möglichkeit künftiger gemeinrechtlicher desuetudo bezweifelt. Zu deutlich redet ja hier das Handelsgewohnheitsrecht! Allerdings jedoch wird das ergänzende Gewohnheitsrecht auch als Partikularrecht zugelassen werden müssen. Denn nur eine höchst mechanische Auffassung der Rechtseinheit kann hierin eine Gefahr erblicken. Wir erstreben ja doch überhaupt keine starre, ertötende Einheit, die jede selbständige Regung der rechtsbildenden Kraft im Keime erstickt! Uns scheint vielmehr mit der Einheit des nationalen Rechtes eine Mannigfaltigkeit der auf gemeinsamem Grunde ruhenden örtlichen Rechtsbildungen durchaus verträglich. Soweit die Einheit notwendig oder wünschenswert ist, führt das Gesetzbuch dieselbe eben durch und mag das künftige Reichsrecht sie jederzeit weiter ausbauen. Wo aber das gemeine Recht schweigt, da bleibt der Raum für besonderes Recht frei. Auch hier genügt es, auf das Handelsrecht hinzuweisen. Früher und energischer als auf irgend einem anderen Gebiet hat hier das Bedürfnis der Rechtseinheit sich geltend gemacht, und weniger als irgend ein anderer Zweig des Verkehrslebens neigt der Handelsverkehr zu lokaler Engherzigkeit. Gleichwohl hat das Handelsgesetzbuch die Zulassung lokaler Handelsgebräuche für vollkommen vereinbar mit der Einheit des deutschen Handelsrechtes erachtet, und schwerlich ist der Handelsstand gesonnen, auf diesen lebendig sprudelnden Quell ergänzender örtlicher Rechtsbildung zu verzichten.

Erwägt man die ganze Hohlheit und Nichtigkeit der wider das Gewohnheitsrecht beigebrachten Argumente, so erstaunt man wahrlich über die Leichtherzigkeit, mit welcher die Kommission sich zu der radikalen Bestimmung des § 2 entschlossen hat. Indes spiegelt sich in diesen anderthalb Zeilen die innerste Seele des Entwurfes getreulich wieder. Den Gerichtsgebrauch hätte der Entwurf allenfalls zulassen können, ohne mit seiner Grundtendenz zu brechen; thatsächlich

wird ohnehin der Gerichtsgebrauch trotz aller Versagung der formell bindenden Kraft sich stets die Autorität einer Rechtsquelle verschaffen. Dem **Volksrecht** dagegen mußte der Entwurf in der That den Krieg auf Tod und Leben erklären, wenn anders er das ihm vorschwebende Ideal verwirklichen und die Unterwerfung des Rechtslebens unter die gereinigte Pandektendoktrin sichern wollte. So ist es denn die volkstümliche Gewohnheitsrechtsbildung, gegen welche sich die eigentliche Spitze dieses Gesetzesparagraphen kehrt. Und hier handelt es sich nicht bloß um einen Schlag ins Wasser! Denn der Gesetzgeber vermag freilich nicht das stille Werden und Wirken des Volksrechtes, wohl aber die Beachtung desselben seitens der Gerichte zu unterbinden. Für die civilistische Praxis fällt nun der letzte zwingende Antrieb fort, sich um die Übung des Lebens zu bemühen und die darin waltende Rechtsüberzeugung zu erforschen. Die Jurisprudenz ist durch das Gesetzbuch selbst darauf hingewiesen, lediglich aus ihrem eigenen Gedankenkreise zu schöpfen und die logischen Konsequenzen einer in sich abgeschlossenen Doktrin unbekümmert um die Volksanschauung durchzusetzen. Zwischen der offiziellen Handhabung und Fortbildung des Rechtes und der nie rastenden Bewegung des Rechtslebens ist das Tischtuch zerschnitten. Was in den engeren und weiteren Kreisen der beteiligten „Laien“ als Recht empfunden und geübt wird, hat für den gelehrten Richter bis zu dem Augenblick, in dem es ihm etwa in der Gesetzsammlung als neuer Gesetzesbuchstabe entgegentritt, dieselbe Bedeutung, wie Vorgänge, die sich auf dem Monde abspielen. Kann es wirklich die Aufgabe des deutschen Gesetzbuches sein, den Zwiespalt zwischen Juristenrecht und Volksrecht nicht nur zu verewigen, sondern auf das äußerste zu verschärfen? Wird eine Praxis gesund bleiben, die künstlich gehindert wird, jemals noch unmittelbar aus dem Urquell des Rechtes zu trinken? Darf die Nation es sich bieten lassen, daß sie auf demjenigen Rechtsgebiet, das mit dem Wohl und Wehe des Einzelnen am engsten verflochten ist, nur noch als ein loser Haufe verständnisloser Laien gelten soll? Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes soll das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkannt bleiben (Motive I S. 5). Bedarf das Privatrecht in geringerem Maße der Volkstümlichkeit? Auch innerhalb des Privatrechtes soll das Handelsgewohnheitsrecht seine bisherige Kraft behalten und daher sogar ausdrückliche Satzungen des bürgerlichen Rechtes für den Handelsverkehr abzuändern vermögen. Wie in aller Welt will man diese

Bevorzugung des Handelsstandes rechtfertigen? Gewiß empfängt er mit der Anerkennung seiner besonderen Handelsgebräuche nur, was ihm gebührt. Aber haben andere Berufsstände, hat das Landvolk, hat gar die Nation im ganzen einen minder geheiligten Anspruch auf stetige und unmittelbare Mitwirkung bei dem Ausbau ihres Rechtes? Hätten auch die gegen das Gewohnheitsrecht beigebrachten Gründe das zehnfache Gewicht ihrer wirklichen Schwere, sie mögen doch federleicht im Verhältnis zu dem, was hier auf dem Spiele steht! Ein Gesetzbuch, welches sowenig mit dem nationalen Bewußtsein und mit dem Geiste der Zeit harmonierte, daß es ernsthaft befürchten müßte, dem Gewohnheitsrecht zu erliegen, hätte sich selbst das Urteil gesprochen. Der § 2 muß fallen. Bleibt er stehen, so würde diese einzige Bestimmung genügen, um die Ablehnung des ganzen Entwurfes zu begründen[1]).

Mit dem Gewohnheitsrecht streicht der Entwurf zugleich die Observanz (das Herkommen). Die Motive (I S. 94) erklären dieselbe unter vollkommener Verkennung ihres Wesens als eine „stillschweigende Satzung", welche als Bestandteil des „Gründungsvertrages" einer Körperschaft oder als spätere Abänderung desselben „durch den stillschweigend erklärten Willen der Mitglieder" an sich zulässig bleibe, jedoch von keiner erheblichen praktischen Bedeutung sei. Man weiß nicht, worüber man mehr erstaunen soll: über die Rückkehr zu der wissenschaftlich längst überwundenen Theorie, welche das auf den Kreis eines korporativen Verbandes beschränkte Herkommen als „statutum tacitum" konstruiert[2])! oder über die Kühnheit

[1]) Gegen § 2 erklären sich auch Hölder S. 13 ff., Zróbkowski S. 42—45, Schilling S. 22—24, Bekker S. 22 ff. (der außerdem die Anerkennung der noch nicht durch Gewohnheit bestätigten Volksüberzeugung als Rechtsquelle verlangt) und G. Hartmann S. 321—325 (der doch zu optimistisch meint, dieser § 2 verdiene „eher stilles Lächeln als ernsthafte Ereiferung"). Für den Gerichtsgebrauch tritt auch Klöppel, Beitr. zur Erl. des deutsch. R. Bd. 32 S. 626, für das Herkommen Bähr, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 30 S. 329 ff. ein. — Für den Entwurf G. Rümelin am Schluß seines Aufsatzes über das Gewohnheitsrecht, Jahrb. f. Dogm. Bd. 27 S. 225. Gegen alles Gewohnheitsrecht, als Wurzel der bestehenden „Ungerechtigkeit", vom socialistischen Standpunkt aus Menger S. 3 ff.

[2]) Daß die Observanz Gewohnheitsrecht ist, wird heute nur ganz vereinzelt geleugnet. Wie die Motive sagen können, „gewöhnlich" verstehe man unter Observanz „eine durch schlüssige Handlungen der Begründer der Vereinsordnung an den Tag gelegte stillschweigende Satzung", ist rätselhaft. Man vergleiche da-

der Behauptung, daß diese Gattung des Gewohnheitsrechtes der praktischen Bedeutung entbehre[1])! Unter allen Umständen wird in Zukunft die Berufung auf Observanz geringe Aussichten auf Erfolg haben. Denn wenn der Richter das in einer Körperschaft ausgebildete Herkommen als das, was es wirklich ist, und somit gleich dem örtlichen Herkommen oder dem Herkommen irgend eines unorganisierten Personenkreises als Gewohnheitsrecht auffaßt, so darf er ihm keinerlei Geltung beilegen. Läßt er sich dagegen auf die Idee der „stillschweigenden Satzung" ein, so wird ihm der Nachweis der erforderlichen „Willenserklärungen", die nach dem Körperschaftsrecht des Entwurfes regelmäßig von sämtlichen einzelnen Mitgliedern stillschweigend abgegeben sein müßten, in den seltensten Fällen zu erbringen sein.

Der Entwurf erwähnt endlich auch die Autonomie nicht als Rechtsquelle. Die Autonomie des hohen Adels und der vormaligen Reichsritterschaft soll nicht beseitigt, aber auch nicht im Gesetzbuch anerkannt, sondern durch das Einführungsgesetz in gewissem Umfange vorbehalten werden (vgl. oben S. 106). Im übrigen soll die Autonomie der Körperschaften im Rahmen der ihnen gewährten Selbständigkeit thatsächlich fortbestehen, jedoch den Rang einer Rechtsquelle einbüßen. Die Motive wollen freilich glauben machen, daß der Entwurf zu der Frage nach dem Wesen der korporativen Satzung überhaupt nicht „Stellung nehme" (I S. 93—94). Allein die Anerkennung einer echten Satzungsgewalt ist nicht nur mit der im Entwurf niedergelegten Grundauffassung der juristischen Persönlichkeit schwer vereinbar, sondern wird auch durch den Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmungen deutlich genug abgelehnt. Denn während die Ausdrücke „Satzung" oder „Statut" ängstlich vermieden werden, ist dafür von dem „Gründungsvertrage" und dessen „späteren Abänderungen durch den Willen der Mitglieder" die Rede (§ 43). Kann man in bestimmterer Weise „Stellung nehmen", als es durch diese Zurückführung der autonomischen Akte auf rechtsgeschäftliche

---

gegen v. Savigny, Syst. I S. 98, Beseler, Syst. § 33 S. 98, Windscheid, Pand. § 16, Stobbe, Handb. § 23 Nr. 2, und namentlich Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen S. 18—21, sowie jetzt in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 30 S. 329 ff.

[1]) Man vgl. hiergegen z. B. die im Register unter „Observanz" angeführten Stellen meiner Genossenschaftstheorie.

Vereinbarungen Einzelner geschieht? Der Entwurf handelt daher auch nur konsequent, wenn er unter den „Rechtsnormen“ neben dem Gesetz die Satzung nicht aufführt. Vielleicht läßt sich so der ganze Begriff der Autonomie ohne viel Gepränge zu Grabe tragen. Was hätte er auch in der romanistischen Gedankenwelt des künftigen gemeinen Rechtes zu suchen? Mag es sich immerhin um einen großen und fruchtbaren Gedanken unserer Väter handeln, ohne den wir uns eigentlich germanisches Wesen überhaupt nicht vorstellen können, — das Privatrecht des „deutschen“ Gesetzbuches hat für solche germanistischen Velleitäten keinen Raum.

Vierter Abschnitt.

Der Allgemeine Teil des Entwurfes[1]).

Das erste Buch des Entwurfes zeichnet sich durch Magerkeit aus und würde noch mehr zusammenschrumpfen, wenn das Personenrecht nebst dem Körperschaftsrecht aus dem „Allgemeinen Teil" ausschiede. Die möglichste Einschränkung des Umfanges eines solchen Allgemeinen Teiles ist durchaus zu billigen. Vielfach handelt es sich bei den herkömmlicherweise in den Allgemeinen Teil des Privatrechtes verwiesenen Gegenständen um Fragen, welche vor der Spaltung des Rechtes in öffentliches Recht und Privatrecht liegen und daher nicht durch ein bürgerliches Gesetzbuch zu lösen sind. Andere an sich hierher gehörige Lehren eignen sich nicht für die gesetzgeberische Regelung, sondern können allein durch die Rechtswissenschaft und eine von wissenschaftlichem Geist erfüllte Praxis gefördert werden. Allein der Entwurf, der nicht überall das Überflüssige vermeidet, schweigt doch noch häufiger auch da, wo er reden müßte. Und vor allem leiden die Bestimmungen, durch welche er grundlegende Materien erledigt, nur zu oft an einer überraschenden Dürftigkeit des inneren Gehaltes.

Den von den „Rechtsnormen" handelnden ersten Abschnitt haben wir bereits besprochen. Wir haben gesehen, daß derselbe nur zwei Paragraphen bringt, deren vollständige Streichung vorzuziehen wäre. Zugleich haben wir darzuthun gesucht, daß der Entwurf, wenn er von den Rechtsquellen überhaupt sprechen wollte, neben dem

---

[1]) Eine sehr ins einzelne gehende und meist treffende Kritik dieses Teiles hat Hölder im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 1—160 geliefert.

Gesetz das Gewohnheitsrecht und die autonomische Satzung als Privatrechtsquellen anerkennen mußte. Auch läßt es sich bezweifeln, ob der Entwurf wohl daran gethan hat, sich jeder besonderen Bestimmung über Privilegien zu enthalten. Unter allen Umständen aber ist es ein Mangel, daß der Entwurf über die örtliche und zeitliche Herrschaft der Privatrechtsquellen nicht eine Silbe verliert. Die wichtige Lehre von der räumlichen Kollision der Privatrechtsquellen, welche zweifellos einer positivrechtlichen Regelung bedarf gehört doch offenbar in das Gesetzbuch selbst und nicht in irgend ein Nebengesetz[1]). Und in Ansehung des zeitlichen Zusammenstoßes der Rechtsnormen muß ein monumentales Gesetzbuch zum mindesten den Grundsatz der Nichtrückwirkung der Gesetze ausdrücklich aussprechen und seine Tragweite in Bezug auf erworbene Privatrechte für Zweifelsfälle prinzipiell feststellen. Kein modernes Gesetzbuch hat dies bisher versäumt. Die für das Gegenteil beigebrachten Erwägungen (Motive I S. 19—24), welche im Grunde die Ablehnung jeder derartigen Bestimmung lediglich mit den Schwierigkeiten der Formulierung rechtfertigen, vermögen nicht die Besorgnis zu verscheuchen, daß diese Lücke eine erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge haben könnte. Der Entwurf macht ja doch auch hier tabula rasa. Es ist keineswegs ausgeschlossen, daß zu Zeiten dieser oder jener Richter das Prinzip überhaupt im „Geiste der Rechtsordnung" nicht begründet findet oder etwa Lassalles System der erworbenen Rechte aus diesem Geiste herausliest[2]).

Der zweite Abschnitt beschäftigt sich mit den „Personen", worunter der Entwurf bezeichnenderweise nur die einzelnen Menschen als solche versteht, während er ihnen die als Privatrechtssubjekte anerkannten menschlichen Verbandseinheiten unter dem Namen „juristische Personen" gegenüberstellt. Warum spricht er dann nicht, wo er nur „Menschen" meint, von „Menschen"? Der Kunstausdruck „Person" hat doch im heutigen Recht, das Menschen, die keine Personen sind, nicht kennt, nur insoweit eine Daseinsberechtigung, als er einzelne Menschen und menschliche Verbände zusammenfaßt. Auch der Entwurf braucht trotz seiner abweichenden Grundauffassung das

[1]) Der Entw. des E. G. enthält nichts darüber. Was soll nun eigentlich hier in Zukunft gelten? Vgl. über diese unbegreifliche Lücke auch Bekker S. 10, Schilling S. 24—25, Zródłowski S. 40.

[2]) Die nur für den einzelnen Fall der Einführung dieses Gesetzbuches berechneten „Übergangsvorschriften" des E. G. Art. 92—129 bieten natürlich keinen ausreichenden Ersatz. Vgl. Zródłowski S. 40—41.

Wort „Person“ vielfach in diesem umfassenderen Sinn, während er anderwärts daran festhält, daß „Person“ und „Mensch“ sich decken[1]). Er gelangt also zu einer Zweideutigkeit, die er vermeiden könnte, wenn er „Menschen“ und „Verbandspersonen“ nennte, wo er nur die eine oder andere Personengattung im Sinne hat, und sich des Ausdruckes „Person“ nur da bediente, wo er jede Person meint.

Im ersten Titel trifft er zunächst eine nichtssagende Bestimmung über „Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit“ (§ 3), der er eine Reihe von Sätzen über den Nachweis des Lebens oder Todes anfügt (§ 4), um sodann in einem besonderen zweiten Titel eine sehr ins einzelne gehende Ordnung der Todeserklärung (§§ 5—24) zu entwickeln. Von nebensächlichen Punkten abgesehen[2]), erregt besonders das hier durchgeführte System der Lebens- und Todesvermutungen Bedenken[3]). Die gerichtliche Todeserklärung soll konstitutiv wirken, somit eine Vermutung nicht feststellen, sondern begründen (§ 21). Mithin soll im Falle einer Todeserklärung für die Ordnung aller vom Leben oder Tode des Verschollenen abhängigen Verhältnisse der durch mancherlei Zufälligkeiten bestimmte „Zeitpunkt der Erlassung der Todeserklärung“ maßgebend sein. Besonders unangemessen ist dies bei der Kriegsverschollenheit (§ 7) und der Seeverschollenheit (§ 8). Indes auch bei der gewöhnlichen Todeserklärung auf Grund einer Verschollenheit, welche der Ablauf eines zehnjährigen (beim Siebzigjährigen fünfjährigen) Zeitraumes seit der letzten Lebensnachricht von einem Abreisenden bewirkt (§ 6), wäre die Anknüpfung der Vermutung an den festen Zeitpunkt des Ein-

---

[1]) In § 1749 wird sogar in demselben Satze „Person“ zuerst im engeren und dann im weiteren Sinne gebraucht. Aus § 34 Abs. 2 sollen wir herauslesen, daß derselbe auch für „juristische Personen“ gilt, während in Abs. 1 u. 3 unter „Person“ nur der Mensch zu verstehen ist. Statt von einem „Kinde“ hören wir stets von einer „Person, welche im Kindesalter steht“ (§ 64), und so fort! Vgl. Bekker S. 68.

[2]) So ist jede allgemeine Regelung der Rechtsstellung der Leibesfrucht unterblieben, was durch die Schwierigkeiten der Fassung (Motive I S. 29) nicht entschuldigt wird. Auch läßt sich bezweifeln, ob das deutschrechtliche Erfordernis der Lebensfähigkeit für den Erwerb der Persönlichkeit nicht Aufnahme verdient hätte. — Über die stark mißlungene Fassung von § 3 und die Überflüssigkeit von § 4 Abs. 1 vgl. Hölder S. 18—20, Zródłowski S. 45, Schilling S. 26.

[3]) Über Verschollenheit und Todeserklärung im Entwurfe vgl. Hölder a. a. O. S. 24—29 und Gutachten für den 20. Juristentag Bd. 1 S. 258—279; Heinsen, Gutachten ebenda S. 280—284; Bekker S. 10 ff.; Schilling S. 26—27; Zródłowski S. 46 ff.; L. Goldschmidt S. 197; Fischer, Heft 6 der Beiträge S. 27—29; Hachenburg, Ann. der bad. Ger. Bd. 54 S. 364.

trittes der Verschollenheit vorzuziehen gewesen. Denn wenngleich auch hierin eine große Willkürlichkeit liegt, so spielt dabei wenigstens die Willkür der Beteiligten und des Richters keine Rolle. Auch wird die Vorstellung vermieden, als vollziehe das Gericht mit der Todeserklärung eine Art von civilistischer Hinrichtung. Der Entwurf sucht freilich einer solchen Mißdeutung dadurch vorzubeugen, daß er den Inhalt der durch Richterspruch begründeten Vermutung nur auf das Nichtüberleben des Zeitpunktes der Todeserklärung stellt (§ 21 Abs. 1). Doch sieht er sich alsbald genötigt, in Ansehung der Beerbung des Verschollenen dieses Prinzip zu durchbrechen und den Tag der Todeserklärung positiv zum präsumtiven Todestage zu stempeln. Diese Spaltung der Vermutung ist in sich unnatürlich, da sich die Möglichkeit von zwei verschiedenen Todestagen desselben Menschen nicht vorstellen läßt. Dazu kommt nun aber, daß der Entwurf ohne äußeren und inneren Zusammenhang mit der Todeserklärung insoweit, als die Frage entsteht, ob jemand einen Anfall von Todes wegen erlebt hat, eine Lebensvermutung bis zum Ablauf des siebzigsten Lebensjahres und eine Todesvermutung nach Vollendung dieses Lebensjahres aufgestellt (§ 4). Wenn also z. B. ein hoher Sechziger verschwindet, so stirbt er als Erbe an seinem 71. Geburtstage, als Erblasser in dem Augenblick der erst nach fünfjähriger Abwesenheit zulässigen Todeserklärung, im übrigen an irgend einem Tage zwischen seiner Entfernung und der Todeserklärung. Umgekehrt lebt der als Jüngling Verschollene, mag er auch mit einem untergegangenen Schiffe versunken sein, im Falle langer Aufschiebung des Antrages auf Todeserklärung für den Erbschaftserwerb vielleicht noch mehrere Jahrzehnte fort und kann selbst während des Todeserklärungsverfahrens noch Erbe werden. Sollte einmal die gerichtliche Regelung der Verhältnisse von den Nächstbeteiligten überhaupt versäumt und etwa erst von einer späteren Generation nachgeholt werden, was keineswegs mit den Motiven (I S. 49) als ein außer dem Bereiche der Wahrscheinlichkeit liegendes Vorkommnis abgewiesen werden kann, so rückt der Todestag des als Erbe längst verstorbenen Verschollenen in Ansehung seiner Beerbung möglicherweise weit in das zweite Jahrhundert seines Lebens hinein. Oder soll der Beweis, daß eine Person zu einer bestimmten Zeit nicht mehr gelebt habe (§ 4 Abs. 1), auch durch Berufung auf eine zweifellose natürliche Grenze des Menschenlebens geführt werden können und dann die Kraft eines Gegenbeweises gegen die durch Todeserklärung begründete Vermutung haben? Wir halten trotz der vorherrschenden gegenteiligen Meinung

eine gesetzliche Lebensvermutung bis zum Eintritt des Todes oder der Todesvermutung an sich für durchaus gerechtfertigt und zweckmäßig. Doch scheint uns einerseits das System der Lebensvermutung nur mit dem System einer **deklarativen** Todeserklärung vereinbar, durch welche das Vorhandensein der Todesvermutung in dem Zeitpunkt der Erfüllung ihrer Voraussetzungen festgestellt wird. Und andererseits sehen wir nicht ein, warum die Lebensvermutung, wenn sie überhaupt zulässig ist, nur für den Erwerb von Todes wegen (und die in § 4 Abs. 3 davon wohl überflüssigerweise unterschiedenen Vorteile des überlebenden Ehegatten) gelten und nicht ganz **allgemein** aufgestellt werden soll. Das Vermutungssystem des Entwurfes, welches aus verschiedenen Bruchstücken des bisherigen Rechtes zusammengesetzt ist, keineswegs aber dem Gange unserer Rechtsentwickelung und der natürlichen Auffassung entspricht, ist viel zu künstlich und verwickelt, birgt mancherlei Widersprüche und läßt in einer Reihe von Beziehungen die Ungewißheit über Leben und Tod in einem gegebenen Zeitpunkte bestehen. Trotz mancher Mißstände, wie sie eben bei einer so positiven Einrichtung stets unvermeidlich sind, scheint uns ein System den Vorzug zu verdienen, welches einfach und klar an den Eintritt der eine Wahrscheinlichkeit des Nichtmehrlebens begründenden Voraussetzungen eine durch Todeserklärung festzustellende gesetzliche Todesvermutung knüpft, bis dahin aber für die Fortdauer des Lebens vermutet[1]). — Auf die Einzelheiten der vorgeschlagenen Ordnung der Todeserklärung können wir hier nicht eingehen[2]). Wir bemerken nur, daß der diesem Rechtsinstitut ge-

---

[1]) Gegen die konstitutive Kraft des Urteiles erklärt sich auch **Zróbławski** S. 46. Für dieselbe **Heinsen** S. 283. Ebensa **Hölder**, Arch. S. 25 ff. und Gutachten S. 273 ff.; er will jedach im Falle der Kriegs- und Seeverschollenheit die Tadesvermutung auf den Zeitpunkt des Endes des Krieges oder des Unterganges des Schiffes stellen (Arch. S. 28, Gutachten S. 269) und nach Vallendung von 100 Lebensjahren den Tad ahne Todeserklärung annehmen (Gutachten S. 275). **Fischer** S. 27 tadelt den Ausdruck „Vermutung" in § 21. — Gegen die Vermutung des § 4 Abs. 2 u. 3 **Schilling** S. 26, **Heinsen** S. 284 und namentlich **Hölder**, Arch. S. 21—23 u. Gutachten S. 259—265 u. 277 (wa indes ein gewisser Ersatz vargeschlagen wird). — Für Aufnahme einer gesetzlichen Tabelle der mutmaßlichen Lebensdauer **Bekker** S. 12, **Hölder**, Gutachten S. 265. — Für gesetzliche Vermutungen hinsichtlich des Varverstarbenen beim Untergange in gemeinsamer Gefahr **Bekker** S. 10—12, **Schilling** S. 26.

[2]) Allgemein wird die Aufnahme zahlreicher rein prazeßrechtlicher Varschriften getadelt. — Vielfach wird die Beschränkung der Todeserklärung auf

widmete Titel des Allgemeinen Teiles trotz seiner Ausführlichkeit den Gegenstand nicht erschöpft, sondern durch zahlreiche im Familien- und Erbrecht zerstreute Vorschriften ergänzt wird. Der Entwurf spricht insbesondere die Zulässigkeit des Gegenbeweises gegen die durch Todeserklärung geschaffene Vermutung als selbstverständlich nicht ausdrücklich aus. Indem er nun aber als Folge dieses Schweigens ansieht, daß im Falle einer später hergestellten Gewißheit über die Fortdauer des Lebens oder den Zeitpunkt des Todes die der wirklichen Sachlage entsprechende Beurteilung eintreten muß, „wie wenn das die Todeserklärung aussprechende Urteil nicht erlassen worden wäre“ (Motive I S. 50), hält er es für erforderlich, überall, wo die Todeserklärung dem inzwischen ihr gemäß angenommenen Rechtszustande gegenüber sich nicht einfach als ungeschehen behandeln läßt, eine ausnahmsweise die Kraft einer bloßen Vermutung übersteigende besondere Wirkung derselben zu statuieren. So wird bei vielen Rechtsverhältnissen die Todeserklärung lediglich deshalb als selbständiger Erlöschungsgrund aufgeführt, weil dem zurückkehrenden Totgeglaubten die Möglichkeit abgeschnitten werden soll, die auf Grund der Todeserklärung hergestellte neue Familienordnung ohne weiteres umzustoßen. Diese Bestimmungen sind größtenteils überflüssig. Sie sind jedoch keineswegs unschädlich, da sie der Natur der Sache nach nicht alle Fälle erschöpfen können, in welchen es unthunlich ist, die einmal ausgesprochene Todeserklärung als „nicht erlassen“ zu behandeln. Es wäre daher sicherlich angemessener gewesen, bei der Regelung der Todeserklärung selbst die Wirkung eines Wegfalls der Vermutung durch Gegenbeweis zu bestimmen und hierbei sowohl das im allgemeinen maßgebende Prinzip als dessen in der Natur der Sache begründete Einschränkung zu formulieren. Hiermit hätte

---

„Deutsche“ für verfehlt erklärt; vgl. Hölder, Arch. S. 23 u. Gutachten S. 268, Schilling S. 26—27, Heinsen S. 280—281 (Zródłowski S. 47 bemängelt den Ausdruck „Deutscher“ für „Reichsangehöriger“). — Mit uns fordert Hölder, Gutachten S. 271—273, die Ausdehnung der Grundsätze der Kriegs- und Seeverschollenheit auf andere Fälle des Verschwindens unter Umständen, die den Untergang sehr wahrscheinlich machen.

[1]) Dem Vorschlage Hölders, Gutachten S. 276—277, den Wegfall der Wirkungen der Todeserklärung stets von der Wiederaufhebung des Urteils auf Antrag des Verschollenen abhängig zu machen, vermögen wir uns nicht anzuschließen. Sein neuer § 9 (S. 279) klingt durchaus an die Vorstellung eines nicht bloß konstitutiven, sondern kondemnatorischen Urteiles an!

sich dann zugleich die ausdrückliche Entscheidung besonders wichtiger oder zweifelhafter Einzelfragen verbinden lassen.

Im dritten Titel des Personenrechts handelt der Entwurf von „Altersstufen“ (§§ 25—27) und „Entmündigung“ (§§ 28 bis 29). Das Kindesalter läßt er bis zur Vollendung des siebenten, die Minderjährigkeit bis zur Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres dauern; nach Zurücklegung des achtzehnten Lebensjahres ermöglicht er eine im wesentlichen nach preußischem Muster geordnete Volljährigkeitserklärung, welche durchaus die rechtliche Stellung eines Volljährigen verleiht [1]). Dagegen verwirft er den deutschrechtlichen Satz „Heirat macht mündig“. Hinsichtlich der minderjährigen Ehefrau hängt dies mit der Ablehnung der ehemännlichen Vormundschaft zusammen. Doch bleibt es auch ohne formelle Anerkennung eines ehemännlichen Mundiums wahr, daß neben einem Manne für eine elterliche Gewalt oder fremde Vormundschaft kein Platz mehr ist. Daß der minderjährige Ehemann während der regelmäßig sehr kurzen Frist bis zur Vollendung seines 21. Lebensjahres in Unselbständigkeit verharren soll, kann ebensowenig für angemessen erachtet werden. Hätte nicht jeder deutschrechtliche Satz in den Augen des Entwurfes die Vermutung wider sich, so würde die in den Motiven vollzogene Abwägung der „Gründe“ und „Gegengründe“ (I S. 57—60) kaum das gleiche Resultat ergeben haben [2]). Die Entmündigung läßt der Entwurf wegen Geisteskrankheit und mit Recht auch wegen Ver-

---

[1]) Die hier von Hölder S. 30 ff. erhobenen Bedenken scheinen mir von keiner durchschlagenden Bedeutung zu sein. Namentlich hat die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes in Preußen sich bewährt. Unangemessen ist es, daß der Entwurf abweichend vom preußischen Recht auch dann die Anhörung von Verwandten und Verschwägerten fordert, wenn ein Vater da ist. — Hölder S. 29—30 spricht sich hinsichtlich des Kindesalters gegen jede feste Zeitgrenze aus. Zitelmann erachtet die Altersgrenze von 7 Jahren als zu spät für den Eintritt der Erwerbsfähigkeit, dagegen als zu früh für den Eintritt beschränkter Geschäftsfähigkeit; in letzterer Hinsicht würde er das Alter von 12 Jahren entscheiden lassen; vgl. S. 41 u. 73—74. Schilling S. 34—35 wünscht die Hinausschiebung der Geschäftsfähigkeit bis zu 14 Jahren. Einen vermittelnden Vorschlag macht Hachenburg a. a. O. S. 367. Verfehlt ist es, wenn Zróbłowski S. 43—52 behufs möglichster Uniformierung der besonderen Mündigkeitstermine die Ehemündigkeit bei beiden Geschlechtern und die Testiermündigkeit durchweg mit 18 Jahren eintreten lassen will.

[2]) Für den Satz „Heirat macht mündig“ auch Fuld, Gutachten S. 441 ff., und beim männlichen Geschlecht Hölder S. 32—33, Ring, Arch. f. bürg. R. I S. 215, Hachenburg S. 382. Dagegen Zróbłowski S. 47.

schwendung zu[1]); die vielfach geforderte Entmündigung wegen Trunksucht hat er leider nicht aufgenommen[2]).

Ein größtenteils überflüssiger vierter Titel bringt rein römisch gedachte begriffliche Bestimmungen über „Verwandtschaft" (§§ 30—31) und „Schwägerschaft" (§§ 32—33)[3]).

Ausführlich redet der fünfte Titel vom „Wohnsitz" (§§ 34 bis 40). Die Fassung ist beinahe durchweg mißlungen. Es ist von vornherein falsch, daß zur Begründung eines Wohnsitzes die Absicht gehöre, an dem Orte der Niederlassung „ständig zu bleiben" (§ 34 Abs. 1). Und nun soll man gar gleichzeitig an mehreren Orten ständig bleiben können (§ 34 Abs. 2)! Man kann auch einen Ort verlassen und gleichwohl die Absicht hegen, dort ständig zu bleiben (§ 34 Abs. 3)! Und so fort[4])!

Andere Zustandsverhältnisse, welche für die rechtliche Stellung der Einzelpersonen von Erheblichkeit sind, erwähnt der Entwurf im Personenrecht nicht. Wir haben schon in anderem Zusammenhange darauf hingewiesen, daß dies im Interesse der Übereinstimmung des vom Gesetzbuch gezeichneten Bildes mit der Wirklichkeit zu bedauern ist. Der monumentale Charakter einer Privatrechtskodifikation erheischt sowohl die ausdrückliche Formulierung des großen Grundsatzes der Rechtsgleichheit als auch die klare und unverhüllte Festsetzung der

---

[1]) Einverständnis herrscht, daß die Definition des „Geisteskranken" durch „des Vernunftgebrauches beraubt" falsch ist. Vgl. Bekker S. 69, Fischer S. 29, Zitelmann S. 38, sowie besonders auch Mendel „Die Geisteskranken in dem Entwurf u. s. w." (Separatabdruck aus Eulenbergs Vierteljahrsschrift f. gerichtl. Medizin u. öffentl. Sanitätswesen, N. F. XLIX 2) S. 1—12. Diese Übersetzung von „mente captus" macht die Sache nicht bestimmter, sondern unbestimmter, als wenn einfach die Entmündigung wegen „Geisteskrankheit" zugelassen wäre. — Über die Definition des „Verschwenders" Hölder S. 33, Bekker S. 69, Schilling S. 27, Zitelmann S. 79—81. — Eine bessere Fassung der §§ 28 u. 29 bei Zitelmann S. 161.

[2]) Für die Aufnahme der erforderlichen Bestimmungen vgl. die für den 19. Juristentag erstatteten Gutachten von Lammers (Bd. 1 S. 158 ff.) und Fuld (Bd. 2 S. 85 ff.) und den Beschluß der dritten Abteilung des Juristentages (Bd. 3 S. 218 u. 320); ferner Fischer S. 29; Zitelmann S. 87—91.

[3]) Vgl. Hölder S. 34—36, Schilling S. 27, Zróbkowski S. 52—55, L. Goldschmidt S. 34—36. Beachtenswerte Einwendungen gegen den unvolkstümlichen Schwägerschaftsbegriff des Entwurfes erhebt Jastrow in der Tägl. Rundschau a. a. O. Nr. 254. — Über die Bestimmung des § 30 Abs. 3 betreffs der unehelichen Kinder sprechen wir unten.

[4]) Vgl. Hölder S. 36—39, Schilling S. 27—28, L. Goldschmidt S. 58—59, Zróbkowski S. 55.

Grenzen, innerhalb deren allein diesem Prinzip eine Wahrheit zukommt. Schon die Gleichstellung beider Geschlechter hätte als Regel ausgesprochen und zugleich durch den Hinweis auf ihre Schranken vor Mißdeutung gesichert werden können. Wichtiger wäre die Aufnahme von Bestimmungen über den Einfluß des Standes auf die privatrechtliche Stellung gewesen. Auch in dieser Richtung gehört in ein nationales Gesetzbuch zuvörderst die ausdrückliche Statuierung des Prinzipes der Gleichheit und Gemeinsamkeit des Privatrechtes. Sodann aber muß, wie schon oben ausgeführt worden ist, der Umfang des Fortbestandes geburtsständischer und berufsständischer Sonderrechte bezeichnet, die Exemtion des hohen Adels fixiert und hinsichtlich des niederen Adels unter Anerkennung seiner ferneren Bedeutung für besondere Familienrechte der Erwerb und Verlust des Adels aus familienrechtlichen Gründen normiert, die besondere Färbung des Privatrechtes durch die Zugehörigkeit zum Militär- und Beamtenstande sowie durch die den Gewerbestand betreffenden Sondernormen vorbehalten werden. Auch die Ordnung der Rechtsfähigkeit der Religiosen gehört ins Gesetzbuch und nicht ins Einführungsgesetz[1]). Der Entwurf hätte ferner das geltende Reichsrecht hinsichtlich der Unabhängigkeit des bürgerlichen Rechtes vom religiösen Bekenntnis wiederholen, zugleich aber auch hier die Tragweite des Prinzipes feststellen und insbesondere sich darüber aussprechen müssen, inwieweit durch stifterische Anordnung von der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Bekenntnis der Genuß stiftungsmäßiger Vorteile oder die Succession in ein Familiengut abhängig gemacht, einem Rechtsgeschäft die Bedingung der Beibehaltung oder des Wechsels der Religion beigefügt werden kann. Denn die schrankenlose Freiheit des richterlichen Ermessens birgt in diesen Fragen, deren Beantwortung nur zu leicht von subjektiven Auffassungen beeinflußt wird, ernste Gefahren. Ist doch schon

[1]) Der Entw. des E. G. Art. 48 behält den Landesgesetzen vor, die Wirksamkeit von Schenkungen an Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen und den Erwerb von Todes wegen seitens solcher Personen an staatliche Genehmigung zu binden. Während aber so das Reichsrecht sich jeder sachlichen Entscheidung enthält, soll reichsgesetzlich für den Fall, daß das Landesrecht zum Erwerbe von Todes wegen Genehmigung fordert, die richtige juristische Konstruktion mit Hülfe von Fiktionen verbürgt werden! „Wird die Genehmigung erteilt, so gilt sie als schon vor dem Erbfalle erteilt; wird die Genehmigung versagt, so ist die zum Erwerbe berufene Person als vor dem Erblasser gestorben anzusehen; der § 2154 des Bürgerlichen Gesetzbuches findet entsprechende Anwendung."

(z. B. von Thudichum, Deutsches Kirchenrecht des 19. Jahrhunderts I S. 78—79) behauptet worden, daß durch unser modernes Recht jede Klausel eines Fideikommißstiftungsbriefes, welche die Zugehörigkeit des Fideikommißfolgers zu einer bestimmten Religionsgemeinschaft fordert, hinfällig geworden und daß auch eine Stiftung zu Gunsten der Bekenner einer bestimmten Religion nur in engen Grenzen mit der Gewissensfreiheit vereinbar sei. Ebenso aber sind Extravaganzen in umgekehrter Richtung nicht ausgeschlossen, sobald der Mangel jedes gesetzlichen Hinweises auf die Unzulässigkeit rechtsgeschäftlicher Bedrückung der Gewissensfreiheit die Möglichkeit eröffnet, jede beliebige, auf Beibehaltung oder Veränderung der Religion gestellte Bedingung, weil sie nicht verboten sei, für erlaubt zu erklären. Die Regeln über Erwerb und Verlust der Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft gehören natürlich nicht ins Gesetzbuch; eine Ausnahme bildet jedoch die familienrechtliche Seite der Religionsbestimmung, so daß der Entwurf über die religiöse Erziehung der Kinder eine Bestimmung treffen mußte, nicht aber unter dem Vorwande, daß dabei das öffentliche Recht und zwar das „interkonfessionelle Kirchenstaatsrecht" vorwiegend beteiligt sei (Motive IV S. 758), die Entscheidung dieser wichtigen und zur Zeit höchst unvollständig geordneten Frage auf die Landesgesetze abwälzen durfte (§ 1508). Ungenügend motiviert ist auch die Nichtaufnahme der in der preußischen Vormundschaftsordnung § 19 Abs. 2 enthaltenen Vorschrift, daß bei der Auswahl des Vormundes auf das religiöse Bekenntnis des Mündels Rücksicht zu nehmen sei; die Motive lesen sich hier, als falle das Streben nach Eintracht unter den Relionsgemeinschaften mit der Beförderung des religiösen Indifferentismus zusammen (IV S. 1061). Wenn ferner der Entwurf von der Ehre schweigt und nur gelegentlich die in § 34 Nr. 5 und 6 des Strafgesetzbuches festgesetzten privatrechtlichen Wirkungen der Aberkennung der Ehrenrechte reproduziert und überdies bei einigen Verhältnissen des Familienrechtes dem Richter die Beachtung von Verächtlichkeit oder Bescholtenheit anheimgiebt, so folgt er hierbei zwar dem Zuge der Zeit. Es wäre indes ernstlicher Erwägung wert, ob das deutsche Gesetzbuch hierbei stehen bleiben und nicht vielmehr durch die Aufnahme des Begriffes der Ehre in das Personenrecht und durch die Verstärkung der privatrechtlichen Folgen der Ehrminderung die Verknüpfung des Privatrechtes mit dem sittlichen Bewußtsein festigen soll. Daß endlich der Entwurf sich jeder Bestimmung über die Bedeutung der Staatsangehörigkeit für

das Privatrecht enthält und abgesehen von einigen speciellen Vorschriften[1]) überhaupt nicht erkennen läßt, auf wen eigentlich seine Rechtssätze Anwendung finden sollen und inwieweit von ihnen der Deutsche im Auslande ergriffen und der Fremde in Deutschland nicht ergriffen oder vielmehr die privatrechtliche Stellung durch Wohnsitz (oder Aufenthalt oder Grundbesitz) bestimmt wird, haben wir schon in anderem Zusammenhange als ungehörig bezeichnet.

Der Entwurf sagt in dem Abschnitt, welchen er den „Personen" widmet, nichts über die privatrechtliche **Handlungsfähigkeit**. Er kennt diesen allgemeinen Begriff überhaupt nicht. Vielmehr normiert er die Deliktsfähigkeit im Obligationenrecht (§§ 708 bis 709) und leitet im übrigen die allgemeine Lehre von den Rechtsgeschäften mit einem besonderen Titel über „Geschäftsfähigkeit" ein. Auch hierin kann eine glückliche Neuerung nicht erblickt werden. Die privatrechtliche Persönlichkeit findet erst in der juristischen Handlungsfähigkeit ihre Vollendung und wird durch die Versagung oder Einschränkung derselben modifiziert. Der Begriff der „Geschäftsfähigkeit" ist zu eng, um die neben der Verantwortlichkeit für rechtswidriges Handeln privatrechtlich erhebliche Fähigkeit zur Bethätigung eines rechtsgültigen Willens auszudrücken[2]). Somit hätte der Entwurf gut gethan, Wort und Begriff der „Handlungsfähigkeit" festzuhalten und die allgemeinen Regeln über Handlungsunfähigkeit (der Kinder, der des Vernunftgebrauches Beraubten und der wegen Geisteskrankheit Entmündigten) und beschränkte Handlungsfähigkeit oder „Verfügungsunfähigkeit" (der Minderjährigen, der entmündigten Verschwender und der des vormundschaftlichen Schutzes für bedürftig erklärten oder unter vorläufige Vormundschaft gestellten Personen) im Personenrecht zu erledigen. Inhaltlich sind die Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit, die sich im wesentlichen an das bisherige Recht und namentlich hinsichtlich der Minderjährigen an das preußische Gesetz vom 12. Juli 1875 anschließen, in den Grundzügen zu billigen[3]).

[1]) Besonders auffällig ist die Beschränkung der Todeserklärung auf Deutsche (§ 5); vgl. oben S. 137 Anm. 2. Man vgl. ferner § 38 (einheimischer Wohnsitz exterritorialer Deutscher und deutscher Beamten im Auslande) und § 1246 (Zuständigkeit des Standesbeamten, wobei Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthaltsort, Reichsangehörigkeit und Staatsangehörigkeit erheblich sind).

[2]) Vgl. **Hölder** S. 58 ff., **Schilling** S. 33 ff. u. bes. **Zitelmann** S. 36 ff. u. 44—49. Letzterer schlägt passend vor, für „Geschäftsunfähigkeit" „**Handlungsunfähigkeit**", für „beschränkte Geschäftsfähigkeit" aber „**Verfügungsunfähigkeit**" zu setzen. A. M. **Hachenburg** a. a. O. S. 365.

[3]) Im einzelnen vgl. vor allem **Zitelmann** S. 36—91 und die von ihm

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand soll mit Recht vollständig beseitigt werden[1]).

Im dritten Abschnitt des Allgemeinen Teiles ist von „juristischen Personen" die Rede. Der Entwurf enthält keinen anderen Abschnitt, der in gleichem Maße mißlungen wäre. Und wie hätte er auch der hohen Aufgabe gerecht werden sollen, welche gerade hier ihm gestellt war? Wenn er von vornherein entschlossen war, selbst im Angesicht des organisierten Gemeinlebens seiner individualistischen Grundrichtung treu zu bleiben und nicht einmal vor den Großthaten des germanischen Associationsgeistes das von der freieren romanistischen Wissenschaft längst aufgegebene Dogma der orthodoxen Pandektenlehre zu opfern, so konnte er unmöglich ein dem deutschen Leben der Gegenwart auch nur einigermaßen entsprechendes Recht der Verbandspersönlichkeit schaffen! Vielmehr mußte er in der Hauptsache sich mit einer toten Schablone begnügen, welche insoweit, als sie zur An-

---

in Form einer Neufassung S. 160—167 gebrachten redaktionellen und sachlichen Verbesserungsvorschläge; ferner Hölder S. 61—66, Schilling S. 34—37, Hellmann, Gutachten S. 489—491, Hachenburg a. a. O. S. 365—368 u. 379—383 u. Bd. 55 S. 14—16. Beachtenswert ist namentlich Zitelmanns Vorschlag, einen einheitlichen Begriff der „Entmündigung" durchzuführen, die vorläufige Entmündigung in ihrer Wirksamkeit der endgültigen gleichzustellen, das Institut der Schutzbedürftigkeitserklärung ganz zu beseitigen und durch Erweiterung der Pflegschaft zu ersetzen (vgl. S. 42, 77, 81—85). Zu § 65 Abs. 4 verlangen Hölder S. 62 u. Schilling S. 36 die Wahrung des Rücktrittsrechtes für denjenigen Dritten, der sich mit einem Minderjährigen in Unkenntnis der Minderjährigkeit desselben eingelassen hat; für den Entwurf Zitelmann S. 74, der aber S. 52—56 starke Veränderungen vorschlägt. Einstimmig wird eine Abänderung des § 66 gewünscht, um eine an den Verfügungsunfähigen gerichtete Erklärung im Falle der Genehmigung ihrer Entgegennahme durch den Mundwalt als wirksam behandeln zu können; Hölder S. 63—65, Zitelmann S. 39—41, Schilling S. 62, Hellmann S. 490. Eine Ausdehnung des Aufforderungsrechtes des Dritten unter wesentlicher Verkürzung der 14tägigen Frist des Entwurfes wünscht Zitelmann S. 58—62. Zu den §§ 67—69, von denen § 68 Abs. 3 von Hölder für sachlich bedenklich, § 69 von Hölder und Schilling für überflüssig erachtet wird, vgl. Zitelmann S. 63—73 u. Hachenburg S. 383 u. S. 14 ff. — Die Nichtbeachtung der lichten Zwischenräume bei entmündigten Geisteskranken mißbilligt Hölder S. 61; vgl. aber Zitelmann S. 38, Mendel a. a. O. S. 16—18. — Wünschenswert ist trotz der gegenteiligen Erwägungen der Motive S. 145 ff. die von Bähr, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 30 S. 332—333, vorgeschlagene Ergänzung des Titels.

[1]) Für die Beibehaltung der restitutio in integrum zu Gunsten von Minderjährigen (z. B. gegen Adoption, Legitimation, venia aetatis) und zum Teil auch von Großjährigen (besonders gegen Verjährung) G. Hartmann S. 346—352.

wendung gelangt, die lebendigen Gebilde unseres einheimischen Rechtes vergewaltigt und zerstückt, an den Kern und das Wesen der Dinge aber überhaupt nicht heranreicht und alle wahrhaft bedeutungsvollen Fragen ungelöst läßt. Da ich die Verpflichtung übernommen habe, an einem anderen Orte[1]) die Vorschriften des Entwurfes über „Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe" im einzelnen zu besprechen, muß ich an dieser Stelle auf eine nähere Beleuchtung derselben verzichten. Doch darf eine kurze Charakteristik dieses für den Geist des Ganzen so überaus bezeichnenden Stückes der vorgeschlagenen Privatrechtsordnung auch hier nicht fehlen[2]).

Die juristische Person des Entwurfes ist, wie schon mehrfach bemerkt wurde, das wohlbekannte künstliche Individuum, welches durch eine Fiktion ins Dasein gerufen wird, um als Träger eines der Herrschaft der einzelnen Menschen als solcher entzogenen Vermögens die leere Stelle des in Wirklichkeit fehlenden Rechtssubjektes auszufüllen. Der Gesetzestext sagt dies zwar nicht ausdrücklich. Allein wenn die Motive meinen, daß somit der wissenschaftlichen Konstruktion des Begriffes nicht vorgegriffen sei, so erklären sie doch selbst mit dürren Worten eine derartige Auffassung für die allein mögliche und unmittelbar einleuchtende Voraussetzung jeder das Wesen der Verbandspersonen betreffenden juristischen Erörterung (I S. 75, 80, 94, 97). Die von einer stattlichen Anzahl theoretischer und praktischer Juristen im Einklange mit dem Volksbewußtsein und mit der neueren Rechtsphilosophie entwickelte Anschauung, daß die menschlichen Gemeinwesen Realitäten sind und als solche auch im Rechtsgebiet eine echte und volle Persönlichkeit entfalten, würdigen sie als eine allzu offensichtliche Thorheit nicht einmal der Erwähnung. Und die Motive sprechen nur aus, was der Entwurf selbst sowohl durch den Wortlaut als durch den Inhalt seiner Bestimmungen deutlich genug als seinen kaum verhüllten Grundgedanken verrät. Schon durch die in den Überschriften wie im Text durchgeführte Gegenüberstellung der „Personen" und der „juristischen Personen" wird die Vorstellung erweckt, daß die letzteren in Wahrheit keine Personen, sondern schattenhafte Nachbildungen

[1]) In den von Bekker u. Fischer herausgegebenen Beiträgen.

[2]) Einiges über diesen Abschnitt bei Kausen, Gutachten S. 19—40; Meischeider, Heft 3 der Beiträge S. 1—11 u. 51—54; Hölder, Arch. S. 39 bis 58; Klöppel, Beitr. z. Erläut. des deut. R. Bd. 32 S. 632—636; Schilling S. 28—33; Zródlowski S. 55—59; Rudloff, Glossen S. 225—228; Hachenburg a. a. O. Bd. 54 S. 364—365; vgl. auch Bekker S. 5 u. 20—21.

von Personen für Zwecke der juristischen Technik sind. Sodann entspricht es dem Begriff der persona ficta, daß nach § 41 der Inhalt der „juristischen Persönlichkeit" sich in der Vermögensfähigkeit erschöpft, womit nun freilich, wie schon oben gezeigt wurde, eine das gesamte Verbandswesen in seinem privatrechtlichen Gehalt umfassende und beherrschende Rechtsordnung von vornherein unmöglich wird. Endlich aber beruhen die nachfolgenden Einzelbestimmungen über die verschiedenen Gattungen der juristischen Personen durchweg auf der Annahme eines künstlich geschaffenen Vermögenssubjektes, welches den natürlichen Individuen als ein gleich abgeschlossenes und einfaches Einzelwesen selbständig gegenübertritt, im Verkehr jedoch als ein schlechthin willenloses Wesen der Vertretung durch handlungsfähige natürliche Individuen bedarf[1]).

Auf ein derartiges gedankliches Fundament gründet der Entwurf vor allem sein **Körperschaftsrecht** (§§ 42—57). Indem er die Körperschaft als „einen mit juristischer Persönlichkeit versehenen Personenverein" definiert (§ 43)[2]), erkennt er zwar eine Gemeinschaft als ihr unentbehrliches Substrat an, setzt aber ihr rechtliches Wesen nicht in die Steigerung der Gemeinschaft zu einem Gemeinwesen, sondern in die Negation der Gemeinschaft durch eine außer und über ihr fingierte Einzelpersönlichkeit. Demgemäß wäre er zunächst, wenn er über die **Begründung** und **Beendigung** der Körperschaften Bestimmungen getroffen hätte, dem sogenannten Konzessionssystem zugedrängt worden (Motive I S. 88—92). Er hätte in Anbetracht des „singulären" Charakters einer Fiktion, welche die „an sich" nur dem Menschen gebührende Rechtsfähigkeit auf eine gedachte Einheit überträgt, die körperschaftliche Existenz als solche aus einem staatlichen Schöpfungsakt herleiten und vorbehaltlich der etwa durch Sondergesetze erteilten Generalprivilegien die „Verleihung" der Persönlichkeit an den einzelnen Verein als Regel fordern müssen. Ebenso hätte er als normalen Beendigungsgrund der körperschaftlichen Existenz die staatliche „Entziehung" der Korporationsrechte zu behandeln und womöglich jede den Untergang der Körperschaft an einen anderen Thatbestand knüpfende Vorschrift als „eine Art von Entziehung der juristischen Persönlichkeit" (Motive

[1]) Gegen die „juristische Person" des Entwurfes, obschon von anderem Standpunkte aus, auch **Klöppel** a. a. O. S. 632—635.

[2]) Den Pleonasmus des Ausdruckes „Personenverein" rügen **Hölder** S. 40, **L. Goldschmidt** S. 59. Letzterer weist zugleich darauf hin, daß der Entwurf bis dahin als „Personen" nur die Menschen bezeichnet, doch aber auch Vereine, die lediglich aus Vereinspersonen bestehen, nicht ausschließen kann.

a. a. O. S. 92) zu deuten gehabt. Dagegen konnte er ohne Bruch mit seiner Grundauffassung sich nicht zu dem germanischen Prinzip der Körperschaftsfreiheit bekennen, welches den sich vereinigenden Menschen die Kraft und das Recht beilegt, Gemeinwesen mit einer ihnen selbst entstammenden Persönlichkeit hervorzubringen. Und doch! In allen neueren Reichs- und Landesgesetzen und darüber hinaus in der thatsächlichen Übung des Lebens ist der Grundsatz der freien Körperschaftsbildung anerkannt, seine volle Verwirklichung wird gebieterisch von unserem Rechtsbewußtsein und dem praktischen Bedürfnis der Gegenwart gefordert, und jede neue gesetzgeberische Regelung des unsicheren und reformbedürftigen heutigen Rechtszustandes wird durch den inneren Zwang der Rechtsgeschichte auf Bahnen verwiesen, deren unverrückbaren Ausgangspunkt die Körperschaftsfreiheit darstellt [1]. Es war daher nahezu undenkbar, daß der Entwurf das ihm kongeniale System der älteren Doktrin, für welche die Verleihung der Körperschaftsrechte einen frei versagbaren und widerruflichen staatlichen Gnadenakt bedeutet, zur gemeinrechtlichen und sei es auch nur subsidiären Regel erhob. So übt er denn hier jenen seltsamen Akt der Enthaltsamkeit, den wir schon an anderer Stelle (oben S. 100) als einen ungebührlichen und schlechthin unerträglichen Verstoß wider den Beruf eines deutschen Gesetzbuches gekennzeichnet haben: er überweist die fundamentale und brennende

[1]) Vgl. hierüber mein Gutachten für den 19. Juristentag S. 266 ff. u. 285 ff. — Für das Prinzip der freien Körperschaftsbildung sprechen sich auch aus: Rosin a. a. O. S. 139 ff.; der Beschluß des deutschen Juristentages a. a. O. Bd. 3 S. 220 ff. u. 320 ff.; Hölder S. 41 ff.; Kausen zu § 42; S. 19 ff.; Schilling S. 28 ff.; Heusler, Gött. gel. Anz. 1889 S. 326—328; dagegen Kloppel a. a. O. S. 633 u. 863 ff. —Hinsichttich der Art der Durchführung verweise ich auf meine dem 19. Juristentag unterbreiteten Vorschläge a. a. O. S. 297 ff. u. 309 ff. Würde meinem Vorschlage gemäß den freien Vereinen und Genossenschaften bei Erfüllung gesetzlicher Normativbedingungen die Eintragung in ein öffentliches Register gewährt, hiervon aber nur die öffentliche Anerkennung ihrer Persönlichkeit und deshalb die Fähigkeit zu grundbuchmäßigem und sonstigem buchmäßigen Erwerb auf eignen Namen abhängig gemacht, dagegen im übrigen jeder rechtmäßig bestehende Verein mit korporativer Verfassung als Körperschaft behandelt, so entfiete die Notwendigkeit von Vorschriften, wie sie Kausen S. 34—39 und Sohm, Die deutsche Genossenschaft, Leipz. 1889, S. 38 ff. für Vereine ohne Persönlichkeit beantragen. Dagegen würde es solcher Bestimmungen allerdings bedürfen, wenn nach den Vorschlägen von Rosin S. 145 ff., Schilling S. 29, Kausen S. 32 ff. und wohl auch Hölder S. 41 ff. das System der Normativbedingungen mit Eintragungszwang durchgeführt würde.

Frage nach Bestand oder Nichtbestand einer Körperschaft in Ermangelung besonderer Reichsgesetze dem Landesrecht (§ 42)! Hiermit glaubt er zugleich jeder Normierung der eigenartigen Vorgänge überhoben zu sein, welche sich bei der Entstehung der Körperschaften abspielen. Doch läßt er auch hier seine Grundanschauung durchblicken. Denn indem er von einem „Gründungsvertrage" spricht (§ 43), giebt er deutlich zu verstehen, daß er mindestens innerhalb des Privatrechtes von einem konstitutiven Willensakte einer sich als Einheit setzenden Gesamtheit nichts weiß, vielmehr für die gesamte Vereinigungshandlung, welche vor der etwaigen staatlichen Kreation der Körperschaftspersönlichkeit liegt, nur die Kategorie des obligationenrechtlichen Vertrages in Bereitschaft hält. Durch den „Gründungsvertrag" soll in Ermangelung reichs- oder landesgesetzlicher Vorschriften die „Verfassung" der Körperschaft bestimmt werden: spätere Abänderungen derselben erfolgen „durch den Willen der Mitglieder" (§ 43). Somit soll auch während ihres Bestandes die Körperschaft nicht als ein innerhalb der gesetzlichen Schranken die eigne Daseinsordnung autonomisch umbildendes Gemeinwesen vorgestellt werden, sondern, wie sich dies für eine persona ficta schickt, ihr Daseinsgesetz, soweit ihr dasselbe nicht ein höherer Wille auferlegt, aus dem Vertrage der beteiligten Individuen empfangen. In einigen Punkten stellt der Entwurf selbst teils zwingende, teils abänderliche Vorschriften über körperschaftliches Verfassungsrecht auf, indem er die Grundzüge einer körperschaftlichen Organisation mit Vorstand und Mitgliederversammlung regelt. Hierbei führt er wiederum die Auffassung der Körperschaft als eines künstlichen Individuums möglichst folgerichtig durch. Er vermeidet das Wort wie den Begriff des „Organes" und sucht vielmehr alles körperschaftliche Wollen und Handeln als gewöhnliche „Stellvertretung" auszugestalten, kraft welcher natürliche Individuen mit rechtlicher Wirkung für das willenlose fingierte Individuum handeln. In diesem Sinne konstruiert er den „Vorstand" als notwendigen „gesetzlichen Vertreter" der Körperschaft gegen Dritte wie ihre Mitglieder und stellt ihn insoweit dem Vormunde des Kindes oder Wahnsinnigen gleich (vergl. namentlich auch §§ 166 u. 884 und die Motive I S. 94, 97 und 321), während er die Rechte und Pflichten des Vorstandes gegen die vertretene juristische Person selbst nach den Regeln des „Auftrages" beurteilt wissen will (§ 44 Abs. 2)[1].

[1] Für die Notwendigkeit der Unterscheidung des Rechtsverhältnisses des

Im übrigen macht er mit Recht die Bestellung eines Vorstandes obligatorisch (§ 44 Abs. 1) und trifft zweckmäßige Bestimmungen über den Umfang seiner Vertretungsmacht (§ 44 Abs. 4—7)[1]) und über den Wegfall der Vertretungsbefugnis von Vorstandsmitgliedern im Falle der Interessenkollision (§ 45). Nur in einem Punkte aber wird er dem Grundgedanken der Fiktionstheorie sachlich untreu. Dies geschieht durch den in § 46 aufgestellten Rechtssatz: „Die Körperschaft haftet für den Ersatz des Schadens, welchen ihr Vorstand oder ein Mitglied desselben durch eine in Ausübung seiner Vertretungsmacht begangene widerrechtliche, zum Schadenersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat." Indem der Entwurf hier einem dringenden Bedürfnis des Lebens entgegenkommt und eine unabweisbare Forderung unseres Rechtsbewußtseins erfüllt, bricht er in Wahrheit mit dem aus dem fiktiven Wesen der juristischen Person sich notwendig ergebenden Dogma von der Undenkbarkeit eines Körperschaftsdelikts und gesteht den prinzipiellen Unterschied zwischen dem Organ eines Verbandskörpers und dem Vertreter eines Individuums zu. Doch suchen die Motive die Bedeutung dieser glücklichen Inkonsequenz möglichst abzuschwächen. Sie versichern, es sei damit der „zweifellose" Satz, „daß die Körperschaft an sich als willenloses Wesen nicht fähig sein kann, eine unerlaubte Handlung zu begehen", keineswegs umgestoßen, sondern nur aus „Zweckmäßigkeitsgründen" eine Konzession an das „Verkehrsbedürfnis" gemacht (S. 103). Demgemäß behandelt denn auch der Entwurf die von ihm aufgenommene Bestimmuug als ein aus Billigkeitserwägungen contra rationem juris eingeführtes Singularrecht. Nur hieraus erklärt es sich, daß er in durchaus willkürlicher Weise die Verantwortlichkeit der Körperschaft für ihre Organe auf Handlungen von Vorstandsmitgliedern (und Liquidatoren) einschränkt und so auf halbem Wege stehen bleibt. Wollte er ein wirklich ausreichendes und brauchbares Recht schaffen, so mußte er prinzipiell aussprechen, daß das Verschulden jedes korporativen Organes im Bereiche seiner Zuständigkeit der Körperschaft als eigenes Verschulden anzurechnen

korporativen „Organes" von dem des „gesetzlichen Vertreters" tritt jetzt auch Laband im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 187—188 nachdrücklich ein.

[1]) Einzelne Bedenken (besonders gegen den Mangel einer positiven Abgrenzung der Vertretungsmacht des Vorstandes und gegen die Bestimmungen des § 44 Abs. 6 über die Zuständigkeit zum Empfange von Mitteilungen) erhebt Schloßmann, Jahrb. f. Dogm. Bd. 27 S. 56—62. Bedenken zu § 44 Abs. 5 u. 7. macht Hölder S. 44 geltend. Vgl. auch Meischeider S. 8.



ist. Hierzu hätte es aber freilich der Anerkennung des specifischen Wesens der Organschaft bedurft. Der Entwurf jedoch weicht mit Vorbedacht einer solchen, das Individualrecht überschreitenden Begriffsbildung aus[1]). Neben dem Vorstande erwähnt er von Körperschaftsorganen nur noch die Mitgliederversammlung, für welche er einige subsidiäre Regeln aufstellt (§ 48). Auch die Mitgliederversammlung aber betrachtet er keineswegs als Organ der einheitlichen Körperschaft! Vielmehr sucht er in doktrinärer Folgerichtigkeit sie dergestalt zu konstruieren, daß selbst hier die Vorstellung eines Gemeinwillens von vornherein verscheucht wird und nichts als für sich stehende Einzelwillen übrigbleiben, welche zur Ersetzung des fehlenden Willens der fingierten Person berufen sind. Statt daher mit der Bezeichnung der Versammlung als des einheitlichen Willensorganes der Körperschaft zu beginnen, erklärt er im ersten Absatz des § 48 den „Willen der Mitglieder" für die in den inneren Angelegenheiten der Körperschaft maßgebende und auch den Vorstand bindende Macht[2]). Und nur als ein Mittel zur Feststellung dieses „Willens der Mitglieder" führt er sodann im zweiten Absatz die „Versammlung derselben" ein. Die Mitgliederversammlung sinkt also zu einem Sammelapparat für die Willenserklärungen einer zur Interessentenschaft verbundenen Summe von Individuen herab. Neben dem willenlosen künstlichen Individuum stehen die sogenannten Mitglieder als willensfähige natürliche Individuen, welche insoweit, als die gesetzliche Vertretung durch den Vorstand Raum läßt, zu „Vertretern" jenes unfähigen Rechtsträgers berufen sind und nur eben gewisser Rechtsbehelfe bedürfen, um die notwendige Verständigung über die einheitliche Ausübung einer gleichzeitig so vielen erteilten Vollmacht zu erzielen. Um diese Auffassung zu sichern, spricht der Entwurf niemals von einem „Körperschaftsbeschluß" oder „Versammlungsbeschluß", sondern lediglich von einem „Beschluß der Mitglieder" (vergl. auch § 44 Abs. 3). Er

---

[1]) Vgl. auch von Lißt a. a. O. S. 43. Über die Fülle von Zweifeln, die § 46 bestehen läßt, vgl. Hölder S. 45, Meischeider S. 53. Namentlich bleibt unklar, wie aus § 46 mit den Motiven soll gefolgert werden können, daß damit auch die Haftung des Staats und der Gemeinden für ihre Beamten innerhalb der Verhältnisse privatrechtlicher Vertretungsmacht bejaht, dagegen hinsichtlich der Haftung für die bei Ausübung von Hoheitsrechten zugefügten Schädigungen die Entscheidung dem Landesrecht überlassen ist; vgl. Meischeider S. 10 u. 52 ff., Schilling S. 31, unten zu § 736.

[2]) Das Bedenken von Hölder S. 46, daß dieser Satz die verfassungsmäßige Selbständigkeit des Vorstandes gefährde, ist wohl unbegründet.

zieht aber auch praktische Folgerungen aus ihr. Die Geltung des Mehrheitsprinzipes — bei dessen Formulierung er in angemessener Weise die Mehrheit der erschienenen Mitglieder für ausreichend erklärt und nur zur Gültigkeit jedes Beschlusses die Ankündigung des Gegenstandes desselben bei der Einberufung der Versammlung fordert (§ 48 Abs. 2), auch eine Vorschrift über den Wegfall des Stimmrechtes infolge von Interessenkollision zufügt (§ 48 Abs. 4) — muß er freilich als gesetzliche Regel aufnehmen. Hierzu nötigen, wie die Motive ausführen (S. 106), unabweisliche „Zweckmäßigkeitsrücksichten". Allein durch zwei höchst bedenkliche Vorschriften bringt der Entwurf seine Grundauffassung zu Ehren. Einmal soll im Falle der Zustimmung aller Mitglieder es einer Versammlung überhaupt nicht bedürfen (§ 48 Abs. 3). Eine im Sinne des Entwurfes durchaus folgerichtige, jedoch vollkommen unorganische und mit den Bedingungen des echten Körperschaftslebens unverträgliche Bestimmung! Sodann soll jede Abänderung der Verfassung nur mit Zustimmung sämtlicher vorhandener Mitglieder beschlossen werden können (§ 48 Abs. 5). Auch diese Regel schießt weit über das Ziel hinaus[1])! Theoretisch unbegründet und praktisch unbrauchbar, ist sie von vornherein darauf angelegt, durch die Verfassung jeder lebensfähigen Körperschaft außer Kraft gesetzt zu werden. Doch bot sie sich in ihrer mechanischen Einfachheit dem Entwurf als ein bequemes Mittel dar, um jeder sachlichen Abgrenzung der Zuständigkeit der Mitgliederversammlung aus dem Wege zu gehen und insbesondere sowohl die in der Zweckgebundenheit des Körperschaftslebens wie die in den Sonderrechten der Mitglieder begründeten Schranken der Körperschaftsbeschlüsse unberührt zu lassen[2]). Schließlich stellt der Entwurf wie über die Beendigung des körperschaftlichen Daseins, so über den Anfall des Vermögens einer erloschenen Körperschaft eine gemeinrechtliche Regel nicht auf, überläßt vielmehr der Verfassung und subsidiär in Ermangelung besonderer Reichsgesetze dem Landesrecht die Bestimmung des Anfallsberechtigten (§ 49 Abs. 1). Befreit er sich hier wenigstens insofern vom romanistischem Dogma, als er die veraltete Regel, nach welcher das Körperschaftsvermögen als erblose Verlassenschaft an den Fiskus fällt, nicht wiederholt, so bricht er doch keineswegs völlig mit den Reminiscenzen der Schul-

[1]) Übereinstimmend Hölder S. 47.

[2]) Wie wenig damit ein angemessenes Ergebnis erzielt wird, heben auch Meischeider S. 7 u. Hölder S. 46 u. 47 hervor.

doktrin. Denn bezüglich der Überleitung des Vermögens auf das neue Subjekt desselben sollen „die Vorschriften über die in Ermangelung anderer Erben dem Fiskus anfallenden Erbschaften" und zwar auch dann, wenn der Anfallsberechtigte nicht der Fiskus ist, entsprechende Anwendung finden (§ 49). Auch hier also statt einer eigenartigen socialrechtlichen Succession eine individualrechtliche Analogie, wie sie dem Begriffe der persona ficta entspringt[1])! Nur in den Fällen, in denen das Vermögen der Körperschaft unter die gewesenen Mitglieder zu verteilen ist, hat sich der Entwurf entschlossen, die Übertragung erbrechtlicher Grundsätze und somit die Behandlung der anfallsberechtigten Mitglieder als Miterben aufzugeben (Motive S. 113). Dann soll vielmehr die Liquidation eintreten, welche in den §§ 50—56 eingehend und zweckmäßig geregelt wird. Hier endlich schöpft der Entwurf, statt aus der Pandektendoktrin, aus dem lebendigen deutschen Genossenschaftsrecht und füllt eine fühlbare Lücke des geltenden Rechtes durch die Verallgemeinerung eines bewährten Institutes aus, welches nicht in dem Gedankenkreise des künstlichen Individuums, sondern in der Betrachtung des Auflösungsprozesses der Gemeinheit als eines eigentümlichen socialrechtlichen Vorganges wurzelt. Nur muß leider die Körperschaft erst untergegangen sein, um dieser ihrem Wesen entsprechenden Behandlung teilhaftig zu werden! In Ansehung des Konkurses über das Vermögen einer Körperschaft will der Entwurf die Vorschriften der Konkursordnung über Aktiengesellschaften verallgemeinern (§ 57); doch soll das Einführungsgesetz die landesrechtlichen Vorbehalte bezüglich öffentlichrechtlicher Körperschaften schützen. Völlig unberührt sollen hinsichtlich der Körperschaften wie der Stiftungen die landesgesetzlichen Vorschriften über deren Verwaltung und Beaufsichtigung, über die Beschränkung ihrer Erwerbsfähigkeit und über die ihnen an den Grundstücken ihrer Schuldner zustehenden gesetzlichen Pfandtitel bleiben.

Überblickt man dieses künftige gemeine Körperschaftsrecht im ganzen, so erschrickt man wahrlich über dessen unbeschreibliche Dürftigkeit. Wer im Entwurfe die Grundzüge einer allgemeinen Körperschaftstheorie sucht, aus welcher die leitenden Prinzipien für die rechtliche Behandlung des vielverzweigten Körperschaftslebens unserer Tage zu gewinnen wären, sieht sich völlig getäuscht. Ausdrücklich

[1]) Vergl. hiergegen meine Genossenschaftstheorie S. 857 ff.; auch Bähr, Krit. Vierteljahrsschr. S. 331.

ausgeschieden aus dem Rahmen dieses gemeinen Körperschaftsrechtes sind alle Verhältnisse, bei denen die Begründung und die Beendigung eines besonderen Gemeinlebens und dessen Einordnung in das höhere Gemeinleben des Staates zur Sprache kommt. Mit Schweigen übergangen wird, von einigen spärlichen und farblosen Sätzen über korporative Verfassung abgesehen, die gesamte innere Daseinsordnung der privatrechtlichen Gemeinwesen. Mit keinem Worte berührt der Entwurf die durch das Körperschaftsverhältnis erzeugten eigenartigen Beziehungen zwischen einer Gesamtperson und ihren Gliedpersonen, die in der Körperschaftsgewalt enthaltenen gemeinheitlichen Befugnisse und Verbindlichkeiten, den Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft und die gliedmäßigen Rechte und Pflichten der Mitglieder. Geflissentlich geht er dem für die Praxis überaus wichtigen Problem der mit der Mitgliedschaft verfassungsmäßig verknüpften Sonderrechte und Sonderpflichten aus dem Wege und bietet für die rechtliche Beurteilung genossenschaftlicher Gesamtrechtsverhältnisse und genossenschaftlicher Gesamtverbindlichkeiten und aller der zahlreichen im deutschen Recht ausgebildeten Formen einer das Körperschaftsrecht mit Individualrecht durchschlingenden Gemeinschaft nicht einen einzigen brauchbaren Begriff. In durchaus unzureichender und lückenhafter Weise normiert er das körperschaftliche Wollen und Handeln und gewährt mit seinen wenigen der Lehre von der Stellvertretung und vom Auftrag entlehnten Sätzen schlechthin nicht die Mittel zu einer sachgemäßen Entscheidung der täglich neu auftauchen Fragen, welche sich aus dem eigenartigen Wesen und der nur sich selbst gleichen Stellung körperschaftlicher Organe ergeben. Und gänzlich sieht er von der für ein wirklich lebendiges gemeines Körperschaftsrecht unentbehrlichen Unterscheidung von Körperschaftsgattungen je nach ihrer öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Wertung und je nach den Verschiedenheiten ihres Zweckes und ihrer Struktur und von der Differenzierung seiner Rechtssätze für ungleichartige Gebilde ab. In allen diesen Punkten hätte er ja freilich, falls er seinen dogmatischen Standpunkt festgehalten hätte, unmöglich ein mit unserem Rechtsbewußtsein und unseren Lebensbedürfnissen auch nur einigermaßen harmonierendes System gemeinrechtlicher Sätze entwickeln können. Allein was nützt nun seine dürre Schablone? Wird sie zum Gesetz erhoben, so wird das wahrhaft lebendige Körperschaftsrecht allein in einer Fülle von besonderen Reichs- und Landesgesetzen über einzelne Körperschaftsgattungen und in einigen allgemeinen Bestimmungen der Partikularrechte zu finden sein. Hier werden die uralten und ewig wieder jungen Ge-

danken des deutschen Genossenschaftsrechtes auch fernerhin kraftvoll herrschen und sich zu immer reicherer Blüte entfalten. Dieses fadenscheinige gemeine Recht wird sie nicht niederzwingen! Vergeblich aber wird man, wenn bei der Handhabung solcher Sonderrechte auf die allgemeinen Grundlagen des Körperschaftsrechtes zurückgegangen werden muß, bei dem deutschen Gesetzbuch anklopfen. Man findet in ihm neben so manchen praktisch bedenklichen Sätzen einige brauchbare und einige fast selbstverständliche Regeln über die Darstellung der Körperschaft durch den Vorstand und über Versammlungsbeschlüsse und vor allem eine gute Liquidationsordnung. Darüber hinaus starrt die Leere. Oder will man es nun etwa unternehmen, diesen leeren Raum im „Geiste" des Gesetzbuches auszufüllen? Jn diesem Geiste der persona ficta, deren gespenstiger Anhauch die realen menschlichen Gemeinwesen mit allem ihrem Gemeinwillen und Gemeinleben wegblasen soll? Undenkbar! Wie man es auch anstellen mag, man wird inmitten unseres Socialrechtes sich immer höchstens scheinbar mit dem individualistischen Dogma des Entwurfes in Einklang zu setzen vermögen. Dieses gemeine Körperschaftsrecht wird ein totes und unfruchtbares Schema bleiben, dessen spärliche Leistungen für die Rechtseinheit wahrlich mit der Verleugnung des Gedankens des Gemeinwesens im gemeinen Privatrecht zu teuer erkauft sind.

Jm Anschluß an das Körperschaftsrecht normiert der Entwurf das Recht der Stiftungen (§§ 58—62)[1]. Hier stellt er zunächst eigene Regeln über die Entstehung einer Stiftung auf. Die „Errichtung einer mit juristischer Persönlichkeit versehenen Stiftung" soll entweder durch ein in gerichtlicher oder notarieller Form vollzogenes „Rechtsgeschäft unter Lebenden" oder durch eine „Verfügung von Todes wegen" erfolgen können. Jn beiden Fällen wird „die Erklärung des auf Errichtung der Stiftung gerichteten Willens" als kreativer Akt behandelt. Derselbe Entwurf also, der die Körperschaftsfreiheit verwirft, proklamiert die unbedingte Stiftungsfreiheit! Er wahrt freilich dem Landesrecht die Befugnis, weitere Erfordernisse und somit insbesondere die staatliche Genehmigung zu verlangen (§ 62 Abs. 1). Allein nach der gemeinrechtlichen Regel soll jeder Privatwille die Macht haben, eine Stiftungsperson ins Leben zu rufen, in der er für alle Zukunft fortherrscht. Ein derartiger Rechtssatz entspricht zwar dem gegenwärtigen gemeinen Recht, ist jedoch mit

[1]) Eine eingehende Besprechung dieser Paragraphen hat Schloßmann in Jherings Jahrb. f. Dogm. Bd. 27, N. F. Bd. 15, „Zur Lehre von den Stiftungen" S. 1—69 geliefert.

gutem Grunde in den meisten deutschen Partikularrechten außer Kraft gesetzt[1]). Er ist in der That unhaltbar und eignet sich nicht zur Aufnahme in das deutsche Gesetzbuch. Indem die Rechtsordnung dem Privatwillen die Möglichkeit eröffnet, sich in einem von ihm erschaffenen und mit Vermögen ausgerüsteten unsterblichen Rechtssubjekt zu verkörpern, erweitert sie die individuelle Willensmacht weit über die Grenzen ihres natürlichen Daseins. Sie muß daher, um mit den Anforderungen unseres Rechtsbewußtseins und mit den Bedürfnissen des Lebens in Einklang zu bleiben, eine entscheidende Mitwirkung des allgemeinen Willens postulieren. Der stifterische Wille vollzieht ja nicht bloß eine einmalige Selbstentäußerung, sondern will in unbestimmte Zukunft hinaus eine Reihe fremder Willen binden und zu seinen ausführenden Organen machen. Er will als Kern einer Persönlichkeit fortleben und lange nach dem Verlöschen seiner irdischen Wirksamkeit die Lebendigen in seinen Dienst zwingen. Hierzu wird er schlechthin nur durch die fortdauernde und positive Bethätigung eines ihn wahrenden und schützenden Gemeinwillens in den Stand gesetzt. Es genügt nicht, daß die Stiftung für rechtsbeständig erklärt wird. Sie bliebe ja tot und regungslos, ohne einen von lebendigen Menschen getragenen Anstaltsorganismus, welcher steter Erneuerung bedarf und die Garantie seines Fortbestandes wie seines ordnungsmäßigen Funktionierens schließlich allein in einem ihm übergeordneten Gemeinwillen besitzt. Woher sollte denn der stifterische Wille die Kraft nehmen, sich seinen eigenen Organen gegenüber durchzusetzen, wenn nicht ein beständig lebender höherer Wille seine Geltung verbürgte? Seine Herrschaft würde genau nur soweit reichen, wie das Gefühl der Pietät wirkte. Juristische Festigkeit erlangt er erst dadurch, daß sich ein unsterblicher Gemeinwille zu seinem Hüter aufwirft. Dieser Gemeinwille kann ein kirchlicher, ein kommunaler oder irgend ein anderer körperschaftlicher Wille sein. In letzter Instanz jedoch steht dahinter stets der im Rechtsgebiet souveräne Staatswille, und heute vor allem läßt sich der Staat die allgemeine und durchgreifende Stiftungshoheit durch keine andere Macht mehr verkümmern. Wenn aber so jede Errichtung einer Stiftung den allgemeinen Willen zu einer beständigen Wirksamkeit auffordert, so entspricht es der Natur der Sache, daß der allgemeine Wille sich frei darüber zu entschließen hat, ob er die ihm angesonnene

[1]) Vergl. meine Genossenschaftstheorie S. 84—86, sowie auch die Motive I S. 122.

Aufgabe übernehmen will oder nicht. Mithin ist in der That ein Rechtssatz, welcher die Entstehung jeder Stiftungsperson von einer entscheidenden staatlichen Mitwirkung abhängig macht, innerlich gerechtfertigt[1]). Der Entwurf versäumt jedoch nicht bloß die Aufstellung eines derartigen Rechtssatzes, sondern läßt sich auch durch den Mangel desselben zu einer verfehlten Konstruktion des „Stiftungsgeschäftes" hinreißen. Er geht von der Anschauung aus, daß mit der einfachen Willenserklärung, es solle eine Stiftung errichtet sein, die Stiftung vollendet und somit die Stiftungsperson vorhanden sei. In Wahrheit ist jedoch die Stiftungsperson erst geboren, wenn die Verkörperung des stifterischen Willens in einem Anstaltsorganismus stattgefunden hat. Bevor sie Organe hat, kann keine Stiftung Rechte erwerben oder Verbindlichkeiten übernehmen. Wenn daher in § 58 des Entwurfes verordnet wird, daß für den Stifter selbst die unter Lebenden abgegebene, obschon einseitige und von niemandem angenommene Willenserklärung unwiderruflich sein soll, daß mit dem Augenblicke dieser Willenserklärung die durch Abtretungsvertrag übertragbaren Vermögensrechte auf die Stiftung übergehen können und daß im übrigen der Stifter zur Übertragung des der Stiftung zugesicherten Vermögens verpflichtet wird, so ist diese praktisch unbillige Bestimmung auch theoretisch unhaltbar. In einer solchen einseitigen Willenserklärung liegt nichts als eine Offerte zu Gunsten eines möglichen künftigen Rechtssubjektes. Diese Offerte kann unmöglich bindende Kraft haben[2]). Wird die Offerte zu Händen einer bestimmten Person abgegeben, so kann allerdings dem Empfänger gegenüber eine Gebundenheit ans Wort eintreten. Der Entwurf bestimmt daher mit Recht in § 62 Abs. 2, daß mit der Nachsuchung

[1]) Vergl. meine Genossenschaftstheorie a. a. O. und mein Genossenschaftsrecht II S. 968. Übereinstimmend Hölder a. a. O. S. 47 ff. und namentlich Schloßmann a. a. O. S. 8 ff. — Eine Ausnahme ist nach preußischem Muster bei Familienstiftungen angezeigt. — Daß überdies, wenn eine Stiftung als kirchliche Stiftung mit einer Kirche, als kommunale Stiftung mit einer Gemeinde, als Universitätsstiftung mit einer Universität oder irgendwie sonst als korporative Stiftung mit einer Körperschaft in einen organischen Zusammenhang gesetzt werden soll, es der Zustimmung der betreffenden Gemeinheit bedarf, braucht nicht näher ausgeführt zu werden. Das Erfordernis der staatlichen Genehmigung aber wird damit nicht hinfällig.

[2]) Vergl. meine Genossenschaftstheorie S. 124 am Schluß der Anm. zu S. 123, sowie Hölder a. a. O. S. 49 ff., Schloßmann a. a. O. S. 32 ff., Schilling S. 32.

der etwa erforderlichen staatlichen Genehmigung eine (in diesem Falle von ihm bis dahin verneinte) Gebundenheit des Stifters begründet wird. Immer aber handelt es sich vorerst nur um eine bindende Offerte. Wird dieselbe von einem Versprechensempfänger für die zu errichtende Stiftung angenommen, so kann nach den Regeln über Verträge zu Gunsten Dritter eine vertragsmäßige Gebundenheit des Stifters zu Gunsten des künftigen Rechtssubjektes entstehen. Der Übergang von Vermögensrechten auf die Stiftung selbst aber ist sogut wie die Vornahme einer Auflassung an dieselbe erst möglich, wenn die Stiftungsperson Organe gewonnen hat und somit als lebendiges Wesen existiert. Das „Stiftungsgeschäft“ ist eben kein bloßes „Rechtsgeschäft“, sondern enthält neben der rechtsgeschäftlichen Vermögenszuwendung, welche die Natur einer Schenkung hat und darum in § 58 des Entwurfes hinsichtlich der Gewährleistungspflicht ganz passend den Regeln der Schenkung unterstellt wird, einen auf Erzeugung einer Person gerichteten schöpferischen Akt, der nicht durch eine einseitige Willenserklärung des Stifters, sondern erst durch die Herstellung der Stiftungsverwaltung als eines lebendigen Verbandsorganismus zum Abschluß gelangt. Ähnlich verhält es sich bei der Errichtung einer Stiftung durch Verfügung von Todes wegen. Es steht aber nichts im Wege, nach der hier seit alter Zeit herangezogenen Analogie des nasciturus nicht nur jede Art von Bedenkung des künftigen Rechtssubjektes zuzulassen, sondern auch im Falle des wirklichen Zustandekommens der Stiftung den Anfall der Erbschaft oder des Vermächtnisses auf den Augenblick des Todes des Stifters zurückzubeziehen. Mit Recht verordnet dies der Entwurf im § 62 Abs. 3 auch für den Fall der späteren Erteilung einer landesrechtlich geforderten Genehmigung. Leider nur glaubt er diesen Erfolg mit Hülfe der Fiktion erreichen zu sollen, daß die Genehmigung „in Ansehung des Anfalles als schon vor dem Erbfalle erteilt gilt“ [1]). Der Entwurf bestimmt

[1]) Über das Wesen und die Elemente der bei Errichtung einer Stiftung sich abspielenden Vorgänge vergl. Näheres in meiner Genossenschaftstheorie S. 123 ff. und 140—141. — Eine abweichende Regelung des Stiftungsgeschäftes wünscht Schloßmann. Er will die „reelle Dotation“ durch Aussonderung und Übertragung des Stiftungsvermögens als integrierenden Bestandteil des stifterischen Kreationsaktes behandelt wissen (a. a. O. S. 13—32) und verneint daher bei der Errichtung einer Stiftung unter Lebenden jede Gebundenheit des Stifters aus bloßem Versprechen (S. 32—55). Bei der Kritik der Bestimmungen des Entwurfes über die Errichtung der Stiftung durch Verfügung von Todes wegen weist er zutreffend auf die Ungenauigkeit und Lückenhaftigkeit des § 59 hin

ferner, daß die Verfassung der Stiftung mangels gesetzlicher Vorschriften sich nach dem Willen des Stifters richtet (§ 60), erklärt die über den Vorstand einer Körperschaft, den Anfall des Vermögens der erloschenen Körperschaft und den Konkurs einer Körperschaft aufgestellten Regeln auch bei Stiftungen für anwendbar (§ 61) und verweist hinsichtlich der Beendigung der Stiftungen auf Landesrecht (§ 62 Abs. 1)[1]). Daß dem Landesrecht auch hier die Einschränkung der Erwerbsfähigkeit, die Regelung der Verwaltung und Beaufsichtigung des Stiftungswesens und die Entscheidung über die Schicksale des Vermögens erloschener Stiftungen überlassen bleibt, ergiebt sich aus dem Bisherigen. Auch das Stiftungsrecht des Entwurfes geht also jeder noch so leisen Berührung des öffentlichen Rechtes geflissentlich aus dem Wege und läßt die bedeutungsvollsten Fragen ungelöst. Vor allem schweigt es vollständig über die Möglichkeit einer staatlichen Umwandlung von Stiftungen und stellt es den Partikularrechten anheim, wie sie die in der Pietät gegen Verstorbene begründete Aufrechthaltung des zum Selbstschutz unfähigen stifterischen Willens mit den Anforderungen der lebendigen Gegenwart, denen der erstarrte Wille des Stifters aus sich heraus sich nicht anzupassen vermag, versöhnen wollen. Das Stiftungsrecht des Entwurfes ist wiederum ein rein abstraktes und so, wie es dasteht, vollkommen unmögliches Recht, das seine Korrektur erst durch die Landesgesetzgebung empfangen muß. Dabei ist aber dieses gemeine Stiftungsrecht, von der formalen Konstruktion des „Stiftungsgeschäftes" abgesehen, schlechthin in die Willkür der Partikulargesetzgebung gestellt. Sie mag es bei der schrankenlosen Stiftungsfreiheit und der starren Unabänderlichkeit jeder stifterischen Willenserklärung belassen. Sie mag aber auch alle Stiftungen in bewegliche Fonds verwandeln, über welche irgend eine staatliche Behörde zu den jeweilig erwünschtesten Zwecken nach Belieben verfügt. Das „gemeine" Stiftungsrecht wird von solchen Dingen nicht berührt.

Der letzte Paragraph des Abschnittes über juristische Personen handelt vom Fiskus und lautet: „Die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zusteht, bleiben unberührt." Somit soll der Satz, daß der Staat zugleich ein Privat-

(S. 62—66). — Die Fiktion des § 62 Abs. 3 tadelt auch Zróbłowski S. 58—59.

[1]) Nicht einmal die so außerordentlich verschieden beantwortete Frage, ob der Verlust des Stiftungsvermögens das Erlöschen der Stiftung zur Folge hat, wird entschieden; vgl. Schloßmann a. a. O. S. 66—69.

rechtssubjekt ist, als solches aber im allgemeinen unter Ablegung seiner Hoheit in die Reihe der übrigen Privatrechtssubjekte eintritt, dem künftigen gemeinen Rechte fremd sein und lediglich auf zugelassenem Partikularrecht beruhen! Auch der Reichsfiskus scheint, soweit nicht für ihn besondere Reichsgesetze etwas Besonderes bestimmen (Motive S. 125), seine Persönlichkeit vom Landesrecht empfangen und somit möglicherweise nach wie vor in den verschiedenen Reichsteilen nach verschiedenem Recht leben zu sollen! Die Motive rechtfertigen die Aufnahme dieser Bestimmung damit, daß es zweifelhaft sein könne, ob der Fiskus zu den Körperschaften oder Stiftungen gehöre. Rechne man ihn aber in keine der beiden Kategorieen, so würde ihm ohne den ausdrücklichen Vorbehalt des § 63 eine privatrechtliche Persönlichkeit überhaupt nicht zugeschrieben werden dürfen[1]).

Hieraus ergiebt sich zugleich, daß nach der Absicht des Entwurfes andere juristische Personen als „Körperschaften", „Stiftungen" und „Fiskus" überhaupt nicht anerkannt werden sollen. Das Gesetzbuch will, wie dies ja in der That seine Aufgabe ist, die möglichen Privatrechtssubjekte erschöpfend aufzählen. In Wahrheit aber sind diese drei Kategorieen zu eng, um alle außer den einzelnen Menschen bestehenden Privatrechtssubjekte zu umspannen. Die Motive meinen zwar, daß mit Ausnahme des Fiskus jede juristische Person sich mit Rücksicht auf das bei ihr überwiegende Element entweder als Körperschaft oder als Stiftung auffassen lasse (S. 80). Allein zunächst gehen schon die Vorschriften des Entwurfes über Körperschaften, deren gleichmäßige Anwendbarkeit auf öffentliche wie private Korporationen die Motive ausdrücklich betonen (S. 82), von einem Körperschaftsbegriff aus, der auf manche Körperschaften des öffentlichen Rechtes kaum paßt. Denn die dem Staatsorganismus selbst eingegliederten oder aus ihm herausgesetzten Korporationen, wie die Gemeinden, Kreise und Provinzen, sowie die korporativen Glieder der christlichen Kirchen lassen sich nicht ohne Zwang als „Personenvereine" mit juristischer Persönlichkeit bezeichnen. Jedenfalls sind auf sie nur die wenigsten unter den wenigen Bestimmungen, die der Entwurf über Körperschaften trifft, wirklich anwendbar[2]). Hier zeigt es sich eben, daß es ein unbegreiflicher Fehler war, von dem Gegensatze der öffentlichrechtlichen und der privatrechtlichen Körperschaften

---

[1]) Über die Wunderlichkeit dieser Argumentation vgl. auch Klöppel S. 636, Hölder S. 52.

[2]) Vgl. auch Klöppel S. 636, Hölder S. 53.

im Gesetzbuch ganz zu schweigen. Offenbar hat ja doch die Privatrechtsordnung beiden Klassen gegenüber eine ganz verschiedene Aufgabe zu erfüllen. Während sie bei den Privatrechtskörperschaften zugleich das ganze innere Körperschaftsrecht zu normieren hat, ergreift sie bei den öffentlichrechtlichen Körperschaften nur deren äußere individualrechtliche Beziehungen und hat mit ihrer inneren Daseinsordnung höchstens insoweit etwas zu schaffen, als aus ihr privatrechtliche Ansprüche und Verbindlichkeiten der Mitglieder oder Organe hervorwachsen. Sodann aber giebt es öffentlichrechtliche Verbandseinheiten mit juristischer Persönlichkeit, welche schlechthin nicht als Körperschaften, sondern lediglich als Anstalten vorgestellt werden können. Man mag Universitäten und Domkapitel noch unter den Körperschaftsbegriff bringen, so ist dies doch bei den preußischen Gymnasien, bei der preußischen Seehandlung, bei Leihhäusern, bei Sparkassen (vgl. z. B. badisches Gesetz v. 9. April 1880 § 1), bei mancherlei personifizierten Fonds, bei vielen mit selbständiger Vermögensfähigkeit ausgerüsteten kirchlichen Instituten, wie z. B. bei dem Bischofsstuhl oder der vom jedesmaligen Pfarrer repräsentierten Pfründe, vollkommen unmöglich. Im Sinne des Entwurfes bleibt nichts übrig, als diese und manche andere öffentliche Anstalten in die Kategorie der „Stiftung" zu zwängen. Es scheint, als wenn gerade mit Rücksicht auf solche Gebilde in § 62 Abs. 1 die landesgesetzlichen Vorschriften aufrechterhalten sind, „welche sich auf die Errichtung einer Stiftung mittels Staatsaktes beziehen". Allein abgesehen davon, daß es auch öffentliche Anstalten mit juristischer Persönlichkeit giebt, welche vielmehr einem schöpferischen Akte der Kirche, einer Gemeinde oder eines anderen öffentlichrechtlichen Verbandes ihr Dasein verdanken, ist der Stiftungsbegriff des Entwurfes völlig ungeeignet, um auf irgend eine öffentlichrechtliche Einrichtung angewandt zu werden. Der Entwurf geht, wie die Motive ausdrücklich hervorheben (S. 78), von der Auffassung der Stiftung als eines mit Persönlichkeit versehenen „Vermögensinbegriffes" aus. Diese Konstruktion ist für die Stiftung selbst verwerflich[1]). Sie ist aber unter allen Umständen unübertragbar auf öffentliche Anstalten, welche ohne jedes Vermögen bestehen können oder mindestens nicht auf ein bestimmtes Vermögen gegründet sind. Selbst wenn jedoch der Entwurf die Stiftung in anderem Sinne normiert und hierbei den Gedanken zum Vorschein gebracht hätte, daß die Stiftung selbst

[1]) Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 12—13.

eine durch Privatwillen geschaffene „Anstalt" ist, würde es immer noch dem Sprachgebrauche widerstreiten, die öffentliche Anstalt eine öffentliche „Stiftung" zu nennen. Und vor allem sind wieder die für „Stiftungen" geltenden Rechtssätze in ihrer Mehrzahl für öffentliche Anstalten unbrauchbar. Auch hier bedarf es einer scharfen Trennung der öffentlichrechtlichen Verbandspersonen, welche nur mit einer bestimmten Seite ihres Wesens in das Privatrecht eintreten, von den ganz und voll dem Privatrecht angehörigen Stiftungspersonen. Der Entwurf hätte somit neben den Körperschaften die **Anstalten** als geeignete Träger einer privatrechtlichen Persönlichkeit aufführen, sodann den **öffentlichen Anstalten** die Möglichkeit eigner Privatrechtsfähigkeit eröffnen und endlich das Recht der privaten **Stiftungen** vollständig normieren sollen[1]).

Wird dieser ganze Abschnitt über juristische Personen nicht von Grund aus umgeschmolzen, so wäre es bei weitem das beste, ihn überhaupt zu streichen und im Einführungsgesetz zu bemerken, daß dieses Gesetzbuch lediglich für Individuen gelte, das Recht der Verbandspersonen aber unberührt lasse.

Den Kern des ersten Buches bildet der von „**Rechtsgeschäften**" handelnde vierte Abschnitt[2]). Sehen wir von dem

[1]) Ähnlich **Hölder** a. a. O. S. 52—58, mit dem ich nur in Bezug auf die von ihm vorgeschlagene **gänzliche** Ausscheidung der öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten aus dem Gesetzbuch nicht übereinstimme. — Es muß hier übrigens nebenbei bemerkt werden, daß an anderen Stellen des Entwurfes in sehr unbestimmter Weise „öffentliche und nichtöffentliche Anstalten" als forderungsberechtigt (§ 156 Z. 4), eine „Hinterlegungsanstalt" als Eigentümerin (§ 280 Abs. 3), „Behörden" und „Anstalten" als Rechtssubjekte (§§ 924—927) bezeichnet werden.

[2]) Der Entwurf enthält keine begriffliche Bestimmung des „Rechtsgeschäftes". Eine ausdrückliche Definition, wie sie **Hellmann**, Gutachten S. 487 ff. verlangt, **Zitelmann** S. 19 ff. bekämpft, wäre schwerlich am Platze. Der Entwurf müßte jedoch von einem festen Begriffe des „Rechtsgeschäftes" ausgehen und die Grenzen desselben gegen den allgemeinen Begriff der „Rechtshandlung" festhalten. Indem er dies versäumt, wird die Tragweite eines großen Teiles seiner Vorschriften zweifelhaft. Am wenigsten durfte er „der Regel nach" (Motive S. 126) „Rechtsgeschäft" und „Willenserklärung" gleichbedeutend brauchen. Auch hätte er neben der „Willenserklärung" diejenigen rechtlichen Handlungen beachten sollen, welche keine Willenserklärungen sind. Vgl. über die Unklarheiten und Schwankungen des Entwurfes in diesen begrifflichen Grundfragen **Bekker** S. 36—46, **Zitelmann** S. 19—35, auch **Schilling** S. 33 u. 36, **Hölder** S. 63, **Klöppel** a. a. O. S. 637—638, **Zróbkowski** S. 60 ff. — Speciell über die Begriffe „Zuwendung" und „Veräußerung" vgl. **Bekker** S. 38 ff. u. 41 ff.; zutreffend ist namentlich **Bekkers** Rüge, daß der Entwurf den Unterschied

eigentlich nicht hierher gehörigen und bereits oben erwähnten Titel über „Geschäftsfähigkeit" ab, so treten hier die technisch-juristischen Fragen, deren Lösung mehr in einer kosmopolitischen allgemeinen Rechtslehre als in besonderen nationalen Anschauungen und Bedürfnissen zu suchen ist, durchaus in den Vordergrund. Gemäß der Aufgabe, die wir uns gestellt haben, unterlassen wir hier die Untersuchung, inwieweit der Entwurf diese Fragen glücklich gelöst und hierbei namentlich einerseits überflüssige und die freie Bewegung der Wissenschaft und Praxis in doktrinäre Fesseln schlagende Sätze vermieden, andererseits die unentbehrlichen Entscheidungen getroffen hat[1]). Wir beschränken uns auf die Hervorhebung solcher Punkte, bei denen auch hier Gedanken des deutschen und modernen Rechtes eine Rolle spielen und die großartigen Leistungen der römischen Jurisprudenz für uns nicht mehr ausreichen.

Im zweiten Titel, welcher von der „Willenserklärung" im allgemeinen redet (§§ 72—79), interessiert insbesondere die Entscheidung der vielumstrittenen Frage, in welchem Augenblicke die einem Abwesenden gegenüber abgegebene Willenserklärung wirksam abgegeben ist[2]). Der Entwurf legt im Anschluß an die meisten neueren Kodifikationen bei ausdrücklichen Willenserklärungen die „Empfangstheorie", bei stillschweigenden die „Vernehmungstheorie" zu Grunde (§ 84). Eine briefliche Willenserklärung ist also mit dem Eintreffen des Briefes beim Empfänger unabhängig von dessen etwa noch nicht erfolgter Einsichtnahme, eine stillschweigende Willenserklärung erst mit ihrem Eintritt in das Bewußtsein des Destinatärs vollzogen. Der vorher oder gleichzeitig dem Empfänger zugekommene beziehungsweise bekannt gewordene Widerruf der Willenserklärung

translativer und konstitutiver Übertragung entweder nicht erkannt oder nicht festgehalten hat.

[1]) Zahlreiche Bedenken in dieser Richtung macht Hölder S. 66—129 geltend; einige auch Bähr S. 332—344; die eingehende Kritik und Neubearbeitung des Abschnittes „Rechtsgeschäfte" von Zitelmann, Heft 8 und 9 der Beiträge, ist erst bis zum vierten Titel gediehen; vgl. ferner Schilling S. 37—54; Klöppel S. 637—642; Zróbłowski S. 60—78; Hellmann, Rechtsgeschäfte, Gutachten S. 487—506; Hachenburg a. a. O. S. 27 ff., 46 ff., 60 ff., 80, 85 ff., 110 ff.

[2]) Die beiden vorangehenden Paragraphen über „ausdrückliche" oder „stillschweigende" Willenserklärung (§ 72) und über Auslegung nach dem „wirklichen Willen" (§ 73) sind wertlos und würden am besten gestrichen. Vgl. Hölder S. 66 u. 67, Schilling S. 38, L. Goldschmidt S. 61, Zitelmann S. 92 ff. u. 97 ff., Hellmann S. 492, Zróbłowski S. 60—61 u. 65—66; zu § 72 auch Bekker S. 37 u. 48.

hindert demgemäß deren Zustandekommen. Dagegen soll der Tod oder der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Erklärenden diejenige Willenserklärung, deren er sich bereits entäußert hat, nicht wieder aus der Welt schaffen. Hierbei wird die Entäußerung der ausdrücklichen Willenserklärung in den Zeitpunkt verlegt, in welchem dieselbe behufs der Absendung abgegeben ist. Die Anwendung dieser Grundsätze auf Verträge unter Abwesenden ergiebt, daß die Wirksamkeit des Vertrages eintritt, sobald die ausdrückliche Annahmeerklärung dem Antragenden zugekommen, die stillschweigende zu seiner Kenntnis gelangt ist (§ 87). Man wird diese Regelung im allgemeinen um so mehr billigen können, als sie auch dem geltenden Handelsrecht bei richtiger Auffassung desselben entspricht[1]. Doch wäre mit ihr die Aufnahme einer dem Art. 321 des H.G.B. nachgebildeten Bestimmung vereinbar, durch welche für den Fall des Zustandekommens der Willenserklärung der Augenblick ihrer Entäußerung als Zeitpunkt ihrer Perfektion fixiert und somit bei Verträgen unter Abwesenden der Vertragsschluß in den Zeitpunkt der Entäußerung der Annahmeerklärung verlegt würde. Diese Zurückbeziehung der Wirksamkeit einer Willenserklärung auf den Moment, in welchem der Erklärende sie aus seinem unmittelbaren Machtbereich entlassen und in die Außenwelt hinausgegeben hat, steht mit der Schwebe ihrer Wirksamkeit bis zur Ankunft beim Empfänger keineswegs in Widerspruch, harmoniert aber mit den Verkehrsanschauungen und kommt einem praktischen Bedürfnis entgegen[2].

Der dritte Titel von „Vertragsschließung" (§§ 77—90)

---

[1] Ebenso unter Abänderungsvorschlägen im einzelnen Bähr S. 332 ff., Schilling S. 38 ff., Hölder S. 68 ff., Hellmann S. 493 ff., sowie hinsichtlich des Vertragsschlusses unter Abwesenden Kohler, Arch. f. bürg. R. Bd. 1 S. 281 ff. (sprachliche Besserungsvorschläge S. 324 ff.); dagegen wünscht Zitelmann S. 105 ff. eine Ordnung im Sinne der modifizierten Vernehmungstheorie (Neufassung S. 169). — Daß § 74 Abs. 4 überflüssig ist und zu Mißverständnissen Anlaß giebt, betonen Schilling S. 38 u. Zitelmann S. 38. — Die §§ 75—76 verdienen sachlich Billigung; über ihre angemessene Umstellung und Neufassung Zitelmann S. 110—113. — Den § 87 will Zitelmann S. 121 als bloßen Folgesatz aus § 74 ganz streichen; ebenso Hachenburg S. 47. — Bedenklich ist der Mangel jeder gesetzlichen Feststellung des Unterschiedes von Erklärungen unter „Anwesenden" und „Abwesenden"; wenn die Motive S. 160 den telephonischen Verkehr als Verständigung unter „Anwesenden" auffassen, so ist dies trotz der Zustimmung von Schilling S. 38, Zitelmann S. 102 u. Kohler S. 301 schwerlich sachgemäß; eine gesetzliche Entscheidung fordert auch Hellmann S. 496.

[2] Übereinstimmend Hölder S. 73 ff., Schilling S. 39; für den Entwurf Zitelmann S. 121, Kohler S. 316 ff.

bringt vor allem den deutschrechtlichen Grundsatz der bindenden Kraft des Vertragsantrages zu Ehren. Gegenüber dem im gemeinen und französischen Recht und im wesentlichen auch im sächsischen Gesetzbuch festgehaltenen römischen Prinzip verallgemeinert der Entwurf hier das im Gebiet des Handelsrechtes bereits für ganz Deutschland geltende und darüber hinaus im preußischen und österreichischen Gesetzbuch sowie im schweizerischen Obligationenrecht anerkannte Recht. Sicherlich mit Fug! Die durch das Versprechensangebot erzeugte „Gebundenheit ans Wort" wurzelt in altnationalen Rechtsanschauungen und hat sich auch außer dem Bereiche des Handelsverkehrs praktisch bewährt. Es liegt nicht der mindeste Grund vor, die Entwickelung wieder auf den romanistischen Standpunkt zurückzuschrauben [1]). Auch die Einzelbestimmungen, welche das Prinzip näher entfalten, sind zu billigen. So die Vorschriften über die Erfordernisse eines gehörigen Antrages (§ 80), den Ausschluß der Antragsgebundenheit durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt des Widerrufs (§ 81), die Annahmefrist und das Erlöschen der Antragskraft (§§ 82 bis 84), die Behandlung der verspätet eintreffenden rechtzeitigen Annahmeerklärung (wobei in § 85 mit Recht als Folge des Schweigens ihres Empfängers mit dem Art. 319 Abs. 2 des H.G.B. das Zustandekommen des Vertrages und nicht bloß mit dem Art. 5 des schweizerischen Obligationenrechts eine Schadenersatzpflicht statuiert wird), die Bedeutung der verspäteten Annahme, der Ablehnung und der bedingten Annahme (§ 88) und die im Zweifel als gewollt zu betrachtende Erstreckung der Antragswirkungen auf die beiderseitigen Erben (§ 89). Der Entwurf giebt hier überall nur die im Handelsrecht bereits geltenden Rechtssätze mit einigen zweckmäßigen Ergänzungen wieder [2]). Ebenso stimmt die Konstruktion der Versteigerung, bei welcher im Zweifel der Vertragsschluß durch den Zuschlag vollzogen, jedes Ge-

---

[1]) Anderer Ansicht ist hier Hölder S. 84 ff. Vgl. aber Schilling S. 39, Zitelmann S. 124 ff., Kohler S. 298 ff., Hachenburg S. 48.

[2]) Doch wäre in § 84 eine gesetzliche Bestimmung der Annahmefrist nach dem Vorschlage von Zitelmann S. 128 ff. u. 173 wünschenswert; vgl. Schilling S. 39, Hölder S. 86, Hellmann S. 495. — Eine Reihe gewichtiger Bedenken erhebt Zitelmann S. 132—151 gegen § 86; vgl. Hölder S. 80—84. — Vielfach angefochten wird § 89, dessen Streichung Kempf in den Gutachten S. 318—322 verlangt; vgl. Hölder S. 88, Zródłowski S. 67—68, Hellmann S. 496, Zitelmann S. 118. — Vgl. auch Meischeider S. 11 ff.

[3]) Vgl. Zitelmann S. 151, der aber die Verpflanzung des § 90 in das Obligationenrecht wünscht und eine andere Fassung vorschlägt.

bot aber als ein bis zum Übergebot oder fruchtlosen Ablauf des Versteigerungstermins bindender Antrag behandelt werden soll, mit der richtigen und herrschenden (nur im sächsischen Gesetzbuch § 819 verlassenen) Auffassung überein.

Daß der vierte Titel über die „Form der Rechtsgeschäfte" die gemeinrechtliche Regel der Formfreiheit zu Grunde legt, ist eine bei allen dagegen vorgebrachten Bedenken unvermeidliche Maßnahme. Unser nationaler rechtsgeschäftlicher Formalismus ist untergegangen und ein auf künstliche Weise neu geschaffenes Formenwesen läßt sich dem Verkehr nicht ohne Gewaltsamkeit aufzwingen[1]). Soweit ausnahmsweise eine Form gesetzlich vorgeschrieben oder vereinbart ist, soll dagegen im Zweifel mit Recht der Formmangel Nichtigkeit bewirken (§ 91). Unter den weiteren Vorschriften des Titels, welche sich auf die Erfordernisse der einfachen Schriftform beziehen (§§ 92 bis 94), entspricht nur die Bestimmung, daß bei Vertragsschlüssen die gesetzlich vorgeschriebene und im Zweifel auch die gewillkürte Schriftlichkeit lediglich durch eine von allen Vertragschließenden unterschriebene Urkunde oder mehrere gegenseitig ausgehändigte unterschriebene gleichlautende Exemplare der Urkunde gewahrt werden kann, schwerlich den Gepflogenheiten und Bedürfnissen unseres Verkehrs. Vielmehr fehlt es an einem triftigen Grunde, der Vereinbarung durch unterschriebene Briefe oder Telegramme, welche eine inhaltliche Willensübereinstimmung ergeben, den Charakter eines schriftlichen Vertragsschlusses zu entziehen[2]).

Wenig Freunde werden sich wohl die überaus doktrinären und verkünstelten Bestimmungen des fünften Titels über „Willensmängel" (Mentalreservation, Scheingeschäfte, Scherz, Irrtum, Drohung und Betrug) erwerben (§§ 95—104). Sie haben schon mehrfach von hervorragender Seite eine scharfe Kritik erfahren[3]).

[1]) Ähnlich Schilling S. 40, Zitelmann S. 152 ff. — Gegen die Formfreiheit Klöppel S. 638—639.

[2]) Übereinstimmend Hölder S. 91—92; Hellmann S. 497; anscheinend auch Schilling S. 42. — Dagegen will Zitelmann S. 154—159 die Bestimmungen des Entwurfes noch verschärfen, indem er den Vorbehalt des § 92 Abs. 2 zu Gunsten telegraphischer Willenserklärungen streichen will; im übrigen schlägt er S. 177 eine weit bessere Fassung der §§ 91—94 vor. — Hachenburg S. 63, 80 u. 95—96 will unter Streichung von § 92 Abs. 2 alles der Praxis überlassen. Zu § 94 vgl. auch Rudloff Glossen S. 234—235.

[3]) Vgl. Jos. Unger, Die legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums bei obligatorischen Verträgen, Zeitschr. für das Privat- u. öffentl. Recht der Gegenwart Bd. 15 S. 1 ff., bes. S. 17—19; er bezeichnet die Bestimmungen des Entwurfes als „lehrbuchmäßige", die weder den Verkehrsbedürfnissen noch

Wir begnügen uns hier, darauf hinzuweisen, daß der Grundfehler des Entwurfes wieder in der Begrenzung seines Horizontes durch romanistische Dogmen steckt. Hätte der Entwurf, statt sich an ein dürres Schema ausgeklügelter Begriffe zu klammern, aus dem lebendigen Rechtsbewußtsein unserer Zeit geschöpft, so hätte er unmöglich ein Recht vorschlagen können, dessen praktische Unbrauchbarkeit bereits Bähr und Hölder dargethan und durch drastische Beispiele illustriert haben. Der Entwurf legt das „Willensdogma" zu Grunde, „durchbricht aber dasselbe in verschiedenen Richtungen" (Motive S. 190—191). Hiergegen wäre an sich nichts einzuwenden. Die Rechtsordnung erkennt im Bereiche der rechtsgeschäftlichen Freiheit den Willen als schöpferisch an und muß daher den Eintritt des rechtsgeschäftlichen Erfolges von dem wirklichen Vorhandensein eines auf ihn gerichteten Willens abhängig machen. Sie kann jedoch, wenn sie sich nicht in einen unversöhnlichen Zwiespalt mit dem Rechtsgefühl und den Bedürfnissen eines auf Treue und Glauben basierten Verkehres setzen will, die in bestimmter Weise abgegebene und hingenommene Willenserklärung mangels Übereinstimmung mit dem wirklichen Willen nicht einfach als nichtig behandeln. Es fragt sich also nur, unter welchem Gesichtspunkte die Wirkungen einer von dem inneren Willen abweichenden Erklärung aufzufassen und in welchen Grenzen demgemäß die Postulate der „Erklärungstheorie" zu erfüllen sind. In dieser Hinsicht nimmt, wie Unger treffend bemerkt, der Entwurf den „reinen Deliktsstandpunkt" ein. Er behandelt daher ohne alle Rücksichtnahme auf den unschuldig getäuschten Empfänger jede Willenserklärung, welche ohne Verschulden des Erklärenden einen anderen als den wirklich gewollten Inhalt zum Ausdruck bringt, schlechthin als wirkungslos. Dagegen soll der Erklärende beim Worte genommen werden, wenn ihm ein Verschulden (selbstverschuldeter Irrtum, ungebührlicher Scherz u. s. w.) zur Last fällt. Jedoch wiederum mit Unterschied. Ist ihm eine grobe Fahrlässigkeit nachzu-

---

dem modernen Rechtsbewußtsein entsprechen und in der Praxis die größte Rechtsunsicherheit hervorrufen müßten. Ferner Hölder S. 92—100; Bähr S. 334 bis 339; Schilling S. 42—48; Zródłowski S. 68—69; Meischeider S. 19 ff. u. 99 (unerträgliche Grenzziehung zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrtum); Hellmann S. 497—500; G. Hartmann S. 328—341 (doktrinäre, scholastische, schablonenhafte Bestimmungen); Hachenburg a. a. O. S. 110 ff. Vgl. auch die Bemerkungen v. Lißts, Beiträge Heft 5 S. 19—25, über den Begriff der „Drohung" im Entwurfe und das Verhältnis desselben zum Begriff der „Gewalt" sowie namentlich über die unpassende Verwertung des Wortes „Betrug".

weisen, so ist seine Willenserklärung „gültig". Im Falle einfacher Fahrlässigkeit haftet er nur für Schadenersatz und zwar niemals über das Erfüllungsinteresse hinaus. Handelt es sich denn aber um eine nach dem Verschulden abzustufende Bestrafung von Irrtum oder Scherz? Ist es nicht vielmehr der gutgläubige Gegner, der geschützt werden soll, wenn er dem Worte traute? Und ist es nicht für diesen ein vollkommen gleichgütiger Umstand, ob und in welchem Grade der Erklärende fahrlässig handelte? Wer eine Erklärung empfangen hat, deren Nichtübereinstimmung mit dem wahren Willen ihres Urhebers er weder kannte noch kennen mußte, kann unter allen Umständen verlangen, daß der Urheber, falls ihm nur überhaupt die Erklärung zuzurechnen ist, den entstandenen Nachteil trage. Sind beide Teile schuldlos, so ist doch nach einem paradoxen, aber treffenden Wort der Empfänger der Erklärung „noch unschuldiger" als der Irrende oder Scherzende! Und man braucht nur in das in unserem Bewußtsein keineswegs abgestorbene deutsche Recht hineinzugreifen, um das Prinzip zu finden, welches die Lösung birgt. Es ist das einfache Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit, nach welchem der Urheber eines Schadens ihn zu bessern hat! Ein Prinzip, das im modernen Recht siegreich vordringt, vom Entwurf aber auch sonst zu Gunsten des romanistischen Dogmas verleugnet wird! Schöner wäre es ja freilich, wenn überhaupt niemals ein Schuldloser litte. Muß aber nun einmal ein Schade getragen werden, so scheint uns unter übrigens gleichen Umständen derjenige, der ihn verursacht hat, näher hierzu berufen zu sein, als der bloß passiv Beteiligte. Hieraus ergiebt sich dann allerdings nicht die von der „Erklärungstheorie" geforderte einfache Rechtsbeständigkeit der vom Willen abweichenden Erklärung, sondern (abgesehen von der Unbeachtlichkeit der Mentalreservation) stets nur eine durch das Erfüllungsinteresse begrenzte Schadenersatzpflicht des Erklärenden. Allein mit einer solchen ist auch dem Gerechtigkeitsgefühl und dem Bedürfnis des gutgläubigen Verkehrs vollauf genügt[1]). Der Entwurf verfehlt also

[1]) Übereinstimmend Unger a. a. O., der außerdem fordert, daß der wesentliche Irrtum eine bloß „relative Nichtigkeit" begründe, der Irrende also durch nachträgliche Ergänzung seines Willens den Gegenkontrahenten beim Vertrage festhalten könne. Übereinstimmend aber im Grunde jetzt auch Bähr, der nur eine andere Fassung vorschlägt, um dem Getäuschten den Beweis eines positiven Schadens abzunehmen und den Erklärenden erst durch den Nachweis des Mangels eines Schadens zu befreien. Vgl. ferner Schilling S. 46 ff., Zrodlowski S. 69, zum Teil auch Hölder S. 95 ff. — Gewichtige Bedenken gegen § 95 u. § 96 bei Hölder S. 92 ff., Schilling S. 45, G. Hartmann S. 333 ff.;

nach beiden Seiten hin die richtige Grenze! Passend hält ihm hier Unger die Devise Iherings entgegen: „Durch das römische Recht, aber über dasselbe hinaus." Nur bedarf hier wie überall diese Devise der Ergänzung: „Und durch das deutsche Recht zum modernen Recht!"

Der sechste Titel behandelt „unerlaubte Rechtsgeschäfte" (§§ 105—107). Die in § 105 aufgestellte Vermutung für die civilrechtliche Nichtigkeit jedes Rechtsgeschäftes, dessen Vornahme durch irgend ein Gesetz verboten ist, schießt über das Ziel[1]). Bedenklicher aber noch ist die in § 106 angedrohte Nichtigkeit jedes Rechtsgeschäfts, „dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt"[2]). Denn zunächst ist der Ausdruck „gute Sitten" wieder eine Übersetzung der lateinischen „boni mores" und sagt nicht das, was er sagen soll. Gemeint ist vielmehr die „Sittlichkeit". Sodann aber ist die „öffentliche Ordnung" ein völlig unbestimmter und dehnbarer Begriff, so daß schon aus diesem Grunde das souveräne richterliche Ermessen nicht zur Kassation jedes wider dieselbe verstoßenden Privatrechtsgeschäftes ermächtigt werden darf. Die „sittliche Ordnung" steht hinter der Rechtsordnung, und es ist ein unentbehrliches wenngleich dem Mißbrauch ausgesetztes Prinzip, daß dem rechtsgeschäftlichen Willen, obschon er das Sittliche nicht in sich aufzunehmen braucht, doch niemals die Macht zugestanden werden kann, Unsittliches zu Recht zu stempeln. Dagegen ist die „öffentliche Ordnung" doch ein Stück der Rechtsordnung und durch ihre eigenen Gebote und Verbote gegen Transaktionen der Privatinteressen geschützt. Die Motive (S. 211) rechtfertigen diesen von ihnen als bedenklich anerkannten „bedeutsamen gesetzgeberischen Schritt" mit dem Hinweis „auf die mit dem Prinzipe der Gewerbefreiheit sich in Widerspruch setzenden Verträge". Diese seien ein Beispiel von Rechtsgeschäften, welche „gegen die allgemeinen Interessen des Staates" und doch nicht zugleich „gegen die moralischen Interessen" verstoßen.

gegen § 98 bei Hölder S. 97 ff., Meischeider S. 22 ff.; gegen die §§ 103 bis 104 (besonders dagegen, daß durch Nichtanfechtung in Jahresfrist auch die Einrede wegen Betruges oder Drohung ausgeschlossen sein soll) Hölder S. 98 ff. u. G. Hartmann S. 336—341.

[1]) Vgl. namentlich Fr. Endemann, Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht, Leipzig 1887. Auch Hölder S. 101. — A. M. Schilling S. 48.

[2]) Übereinstimmend Hölder S. 101—104; Hellmann S. 500—501; G. Hartmann S. 331. — A. M. Schilling S. 48.

Allein es ist keineswegs das Staatsinteresse, um dessen willen ein die Freiheit des Gewerbebetriebes übermäßig einschränkender Vertrag für nichtig zu erachten ist. Es handelt sich hierbei vielmehr um den Schutz der Persönlichkeit gegen die eigene Vertragsfreiheit. Das moderne Bewußtsein betrachtet die Freiheit der Berufswahl und der wirtschaftlichen Bethätigung der angeborenen und erworbenen Fähigkeiten in gewissen Schranken als ein sittliches und darum unveräußerliches Gut des Individuums. Deshalb entzieht auch das Recht diese Freiheit der rechtsgeschäftlichen Verfügung. Die Nichtigkeit solcher Verträge ist also nur ein Anwendungsfall des allgemeinen Prinzips, daß der Mensch durch keine vertragsmäßige Bindung sich mit rechtlicher Wirksamkeit seines sittlichen Selbst entäußern kann. Desselben Prinzips, nach welchem heute Verträge nichtig sind, durch welche jemand sich in Sklaverei ergiebt, sich zur Ehelosigkeit verpflichtet, auf die Handlungsfähigkeit verzichtet (Erk. des Reichsger. v. 16. März 1881 C.-S. Bd. 4 Nr. 47), sich einer Freiheitsberaubung unterwirft (wie beim alten Einlager) oder seine Ehre verpfändet. In allen diesen Fällen genügt die Verwerfung unsittlicher Verträge, um die Unzulässigkeit des Vertragsinhaltes zu eruieren. Doch wäre es nicht unangemessen, behufs besonderer Hervorhebung dieser wichtigen Schranke der rechtsgeschäftlichen Freiheit den Satz, welcher Rechtsgeschäfte mit unsittlichem Inhalt für nichtig erklärt, etwa dahin zu fassen, daß der Inhalt nicht „gegen die sittliche Ordnung oder gegen die sittliche Freiheit" verstoßen darf. Ob nicht aber hier überhaupt ein Stück Kasuistik am Platz wäre? Wir sind oben schon für eine ausdrückliche Normierung der Grenzen eingetreten, innerhalb deren ein rechtlicher Vorteil von der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Religionsbekenntnis abhängig gemacht werden kann. Auch hinsichtlich des zulässigen Maßes einer rechtsgeschäftlichen Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit wäre eine der Praxis zur Richtschnur dienende positive Bestimmung nicht überflüssig.

Im siebenten Titel handelt der Entwurf von „Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte", wobei er die Unterscheidung der „ungültigen" Geschäfte in „nichtige" und bloß „anfechtbare" zu Grunde legt (§§ 108—114)[1]).

[1]) Gegen die Grundauffassung des Entwurfes erklärt sich Klöppel S. 639 bis 642; er tadelt die Wiederherstellung des reinen römischen Rechts gegen die in der Receptionszeit und im preuß. und österr. Gesetzbuch durchgedrungenen sachlichen Erwägungen der deutschen Rechtsanschauung und wünscht statt der übermäßigen Ausdehnung der Nichtigkeit (besonders wegen bloßen Formmangels) die

Der achte Titel beschäftigt sich mit „Vertretung und Vollmacht". Der Entwurf geht natürlich von dem modernen Prinzip der freien Stellvertretung aus. Er erklärt die Stellvertretung allgemein für zulässig, soweit nicht das Gesetz oder die Natur des Rechtsgeschäftes entgegensteht (§ 115). Unter Ausschließung des bloßen Botenverhältnisses konstruiert er die Stellvertretung als eine Vertretung im Willen, kraft welcher das Rechtsgeschäft in der Person des Vertretenen wirksam wird (Motive S. 223 u. 226). Darum sollen die rechtlich erheblichen Willens- und Bewußtseinsthatsachen grundsätzlich nach der Person des Vertreters beurteilt werden (§ 117)[1]). Dagegen müssen die übrigen Voraussetzungen der Gültigkeit und Wirksamkeit des Geschäftes in der Person des Vertretenen vorliegen, welcher durch das vom Vertreter im Bereiche seiner „Vertretungsmacht" ausdrücklich oder erkennbar für ihn vorgenommene Rechtsgeschäft unmittelbar und ausschließlich berechtigt und verpflichtet wird (§ 116). Die Motive heben hervor, daß hiermit auch die Möglichkeit eines Geschäftsabschlusses des Vertreters mit sich selbst oder zwischen mehreren gleichzeitig von ihm vertretenen Personen anerkannt ist (S. 224—225). Unter dem Namen der „Vollmacht" regelt der Entwurf die rechtsgeschäftliche Einräumung einer Vertretungsmacht. Im Einklange mit der modernen Wissenschaft scheidet er die „Vollmacht" scharf vom „Auftrage". Er erklärt die Vollmacht für schlechthin widerruflich und selbst den Verzicht auf die Widerruflichkeit für unwirksam (§ 119), trifft aber besondere Bestimmungen zu Gunsten Dritter, denen der Vollmachtgeber die Vollmacht kundgemacht oder der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde vorgelegt hat (§ 120—121). Das Institut der in bestimmten Fällen erforderlichen Specialvollmacht kennt er nicht (Motive

Durchführung des Gedankens, daß ein mit gutem Willen beider Teile eingetretener Besitzstand nur durch Klage umgestoßen werden könne. Für den Entwurf Schilling S. 49. Einzelne Bedenken bei Hölder S. 104—110, L. Goldschmidt S. 64—66, Bekker S. 42—45. Letzterer legt dar, wie der Entwurf noch verschiedene andere Arten von „Ungültigkeit" kennt und an den einmal aufgestellten Begriffen keineswegs festhält. — Bähr S. 330 vermißt mit Recht eine Bestimmung über Nichtigkeit der in fraudem legis vorgenommenen Rechtsgeschäfte. Zu § 113 vgl. auch Strohal S. 459 ff.

[1]) Vgl. Hölder S. 110—123; Zródłowski S. 69—73; Schilling S. 49—52; Hellmann S. 502—505.

[2]) Eine notwendige Modifikation stellt § 118 auf. Daß dieselbe weitaus zu eng gefaßt ist, zeigt Hölder a. a. O. S. 115. Vgl. Hellmann S. 503 bis 504.

S. 231—232). Hinsichtlich der Vornahme von Rechtsgeschäften für andere ohne Ermächtigung schließt der Entwurf sich dem geltenden Rechte an (§§ 123—126) und verallgemeinert insbesondere die in Art. 55 und 298 Abs. 2 des H.G.B. statuierte Haftung des falsus procurator, von dem somit der andere Vertragschließende, falls der angeblich Vertretene die Genehmigung verweigert, nach seiner Wahl Erfüllung oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern kann (§ 125)[1]. Die Motive heben ausdrücklich hervor, daß es hierbei auf ein Verschulden nicht ankommt, und suchen die Haftung des falsus procurator „gewissermaßen auf ein stillschweigendes Garantieversprechen" zu gründen (S. 244). Einer solchen Fiktion bedarf es nicht. In Wahrheit handelt es sich auch hier um eine Konsequenz des deutschrechtlichen Gedankens, daß der Urheber einer Erklärung ohne Rücksicht auf Verschulden dem gutgläubigen Empfänger dieser Erklärung für den verursachten Schaden voll einstehen muß. Hätte der Entwurf den inneren Grund seiner richtigen Entscheidung erkannt, so würde er auch in der Lehre von den Willensmängeln zu befriedigenderen Ergebnissen gelangt sein[2].

Der neunte Titel über „Einwilligung und Genehmigung" enthält nur einen einzigen, jedoch sehr umfangreichen Paragraphen (§ 127), auf dessen unerträglich schwerfällige Fassung wir oben schon hingewiesen haben (S. 29)[3].

Mit der im zehnten Titel der Lehre von „Bedingung und Befristung" zu teil gewordenen Behandlung (§§ 128—143) wollen wir uns hier nicht auseinandersetzen. Hölder sagt: „Die ganze

---

[1] Gegen § 125 erklärt sich Westrum in den Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 3 S. 232—235; es sei höchstens eine Haftung auf das negative Vertragsinteresse gerechtfertigt. Ebenso Zródłowski S. 71. Vgl. Hellmann S. 504—505. Für § 125 Schilling S. 52 u. G. Hartmann S. 330.

[2] Den dort eingenommenen Standpunkt verläßt der Entwurf übrigens auch in § 116 Abs. 2, indem er, sobald der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht kundgegeben ist, den Mangel des Willens, in eigenem Namen zu handeln, für gleichgültig erklärt. — Schwerfällig und unpraktisch gefaßt ist § 126; an Stelle desselben wäre der von Bähr a. a. O. S. 344 vorgeschlagene Rechtssatz weit vorzuziehen. — Gegen § 123 Abs. 2 Hölder S. 122—123, Schilling S. 52, Zródłowski S. 72, Hellmann S. 504. — Überflüssige Sätze in diesem Titel weisen L. Goldschmidt S. 67 u. Zitelmann S. 118 nach.

[3] L. Goldschmidt S. 71—72 erklärt die vom Entwurf mit peinlicher Gewissenhaftigkeit durchgeführte Unterscheidung von „Einwilligung" und „Genehmigung" für eine „praktisch wertlose Distinktion". Soviel ist gewiß, daß sie die Gesetzessprache in allen Teilen des Entwurfes schwer belastet.

Normierung des bedingten Rechtsgeschäftes ist wenig eingehend und mit Ausnahme der sogenannten Rückwirkungsfrage wesentlich eine Wiedergabe der gemeinrechtlichen Lehre in einer wenig glücklichen Fassung“ [1]).

Auf den Abschnitt über Rechtsgeschäfte folgt ein kurzer Abschnitt, welcher überschrieben ist: „Fahrlässigkeit. Irrtum.“ Hier werden zunächst die Legaldefinitionen von „Fahrlässigkeit“ und „grober Fahrlässigkeit“ im Sinne bloßer „Nichtanwendung“ und „besonders schwerer Vernachlässigung“ der „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters“ gegeben (§ 144); es wird sodann bestimmt, daß, wer nur diligentia quam in suis schuldet, gleichwohl für grobe Fahrlässigkeit haftet (§ 145); endlich werden „Irrtum“ als Irrtum jeder Art einschließlich des „Rechtsirrtums“, „entschuldbarer Irrtum“ als „ein nicht auf Fahrlässigkeit beruhender Irrtum“, „Kennenmüssen oder Wissenmüssen“ als „ein auf Fahrlässigkeit beruhendes Nichtkennen oder Nichtwissen“ definiert (§ 146). Wir haben unsere Meinung über den Maßstab der „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters“ schon ausgesprochen (vgl. oben S. 38—39). Auch abgesehen hiervon vermögen wir namentlich den überflüssigen und doch in ihrer jetzigen Fassung nicht unbedenklichen Legaldefinitionen des § 146 keinen Geschmack abzugewinnen [2]).

Die im sechsten Abschnitt über „Zeitbestimmungen“ aufgestellten Auslegungsregeln (§§ 147—153) schließen sich im wesentlichen an die schon durch die Wechselordnung und das Handelsgesetzbuch für wichtige Verkehrsgebiete zu gemeinem Recht erhobenen Regeln an. Dieselben beruhen auf deutschen Gewohnheiten und Anschauungen und haben sich im ganzen bewährt [3]). Manche Sätze hätten als selbstverständlich wegbleiben können. Dafür vermißt man andere sonst herkömmliche Bestimmungen. Ist wirklich das deutsche Zeitmaß „Jahr und Tag“, wie die Motive sagen (S. 285), dem Verkehr schon völlig fremd geworden? Jedenfalls aber durfte der Entwurf nicht, wie er gethan hat, von jeder Vorschrift über den

---

[1]) Vgl. im einzelnen Hölder S. 124—129; Zródłowski S. 72—78; L. Goldschmidt S. 72—76; Schilling S. 53—54 (dieser Titel „liest sich fast wie ein Kapitel aus einem Pandektenlehrbuch“); Hellmann S. 505—507.

[2]) Vgl. Hölder S. 130—136; Meischeider S. 34 ff.; Schilling S. 54—56; L. Goldschmidt S. 78—79; v. Liszt a. a. O. S. 14 u. 19. — Über die Behandlung des Rechtsirrtums Zródłowski S. 36—37; Menger a. a. O. S. 14—15.

[3]) Vgl. Schilling S. 56—57. Die von Hölder S. 136—141 erhobenen Bedenken sind zum Teil unbegründet. Bekker S. 18 will § 147 streichen.

Einfluß der Sonn- und Feiertage auf Termine und Fristenablauf absehen! Die Motive meinen, die im Handels- und Wechselrecht geltenden Bestimmungen seien auf besondere Verhältnisse berechnet und zur Übertragung auf das bürgerliche Recht nicht geeignet; hier müsse vielmehr „die leitende Regel sein, daß Sonn- und Feiertage, soweit nicht der Wille der Parteien ein anderes ergiebt, auf die Zeitrechnung im allgemeinen ohne Einfluß sind" (S. 287). Man erwäge nun aber die Folgen! Alle Zinsen von Hypotheken und Grundschulden, alle aufgekündigten Kapitalien müssen künftig auch an Sonn- und Feiertagen bezahlt werden. Der Mieter, welcher die Vorausbezahlung der Miete am ersten Tage des Vierteljahres versprochen hat, muß die Miete am Neujahrstage und, wenn der 1. April, 1. Juli oder 1. Oktober auf einen Sonntag fällt, an dem betreffenden Sonntage entrichten, während ihm, falls er Beamter ist, keine öffentliche Kasse an diesem Tage das Gehalt auszahlt, von dem er den Betrag zu entnehmen gedachte. Dieselben Tage werden allgemeine Umzugstage (§ 522). Der Neujahrstag, der Ostersonntag, wenn er, wie heuer (1888), auf den 1. April fällt, jeder Sonntag, der sich mit dem ersten Tage eines Quartals deckt, werden zwar auch fernerhin von der Börse und im Handelsverkehr respektiert, verwandeln sich aber für den bürgerlichen Verkehr in geräuschvolle Geschäftstage. Warum in aller Welt soll denn das Gebot der Sonntagsruhe hier weniger heilig gehalten werden? Scheut man sich etwa, unsern nichtchristlichen Mitbürgern die christliche Festtagsordnung, der sie sich doch im ganzen öffentlichen Leben und in dem von ihnen gewiß nicht gering geachteten Handels- und Wechselverkehr haben fügen müssen, bei bürgerlichen Rechtsgeschäften aufzuerlegen? Die christliche Festtagsordnung ist aber eben zugleich unsere bürgerliche Festtagsordnung! Der Entwurf hätte also nach dem Vorbilde des schweizerischen Obligationenrechts Art. 90—91 die Bestimmungen des H.G.B. Art. 329 und 330 Abs. 2 verallgemeinern und nur die in der Natur der Sache oder in besonderer Vereinbarung begründeten Ausnahmen zulassen müssen. Unter keinen Umständen durfte er die Feiertagsruhe zu einer ersten kraft eines von der „Regel" abweichenden „Parteiwillens" begründeten Ausnahme stempeln!

Der siebente Abschnitt normiert in sehr ausführlicher Weise die „Anspruchsverjährung" (§§ 154—185)[1]. Der Entwurf

[1] Über diesen Abschnitt ist bereits eine besonders umfangreiche Litteratur vorhanden; vgl. Lehmann, Gutachten S. 97—109; Fischer, Beiträge Heft 6

sucht hier mit Hülfe des schon oben (S. 40—43) von uns bekämpften künstlichen Anspruchsbegriffes die römische „praescriptio actionum“ und zwar im Sinne derjenigen Theorie, welche ihr die sogenannte „stärkere Wirkung“ beilegt, möglichst unverstümmelt in unser künftiges Recht hinüberzuretten. Er entschließt sich nicht zur Annahme einer wirklichen „Rechtsverjährung“. Insbesondere soll das dingliche Recht durch die Verjährung des dinglichen „Anspruches“ nicht erlöschen, vielmehr erst durch eine entgegenstehende Ersitzung beendigt werden. Andererseits will aber der Entwurf auch nicht eine bloße „Klagenverjährung“ statuieren. Vielmehr soll mit der Verjährung des persönlichen „Anspruchs“ das Forderungsrecht selbst untergehen. Darum unterliegen zwar, wie die Motive ausführen, an sich die „Einreden“, weil sie keine „Ansprüche“ sind, nicht der Verjährung, gehen aber trotzdem verloren, wenn sie sich auf ein der Verjährung unterworfenes „Recht“ gründen (S. 291). Sodann soll die Wirkung der vollendeten Verjährung eine „materiellrechtliche Einrede“ sein, welche zwar der Richter nicht von Amts wegen berücksichtigen darf und auf welche gültig verzichtet werden kann, durch welche aber „die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird“ (§ 182 u. Motive S. 341). Die verjährte Forderung ist also auch zur Aufrechnung nicht mehr verwendbar und zwar selbst nicht gegenüber einer vor ihrer Verjährung bereits vorhanden gewesenen Gegenforderung (Motive S. 343). Trotzdem ist das „untergegangene“ Forderungsrecht, auch abgesehen von seinem Fortbestande mangels Geltendmachung der Verjährungseinrede, keineswegs wirkungslos. Denn das in Unkenntnis der Verjährung zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden (§ 182 Abs. 2). Und ein den verjährten Anspruch sicherndes Pfandrecht behält seine Kraft, ein zur Sicherung des verjährten Anspruches übertragenes Recht ist der Rückforderung entzogen (§ 183). Ein gekünsteltes und in sich widerspruchsvolles System, auf welches der Gesetzgeber schwerlich verfallen wäre, wenn es nicht von Windscheid als gemeines Pandektenrecht vorgetragen würde! An Stelle dieser „Anspruchsverjährung“ wäre unseren Anschauungen und Be-

S. 117—135, auch S. 31, 83, 106, 108 (er berücksichtigt auch die Specialverjährungen und die Ausschlußfristen des Entwurfs); Gutachten für den 20. deutsch. Juristentag über die Frage: „Ist der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entw. eines B.G.B. beizubehalten?“ von Bähr Bd. 1 S. 285—305 u. von Hanausek ebenda S. 306—332; Hölder S. 141—151; Meischeider S. 60 ff.; Schilling S. 57—60; Zródłowski S. 78—84; G. Hartmann S. 344 ff.

dürfnissen gemäß eine einfache und reine **Klagenverjährung** durchzuführen[1]). Dieser Verjährung würden dann eben nur die Klagen unterliegen[2]), während die Verjährung von Einreden, soweit es ihrer bedarf, durch besondere Bestimmungen zu regeln wäre[3]). Ihre Wirkung aber bestände lediglich im Erlöschen des Klagerechtes, so daß nicht bloß die Zurückforderung des auf die verjährte Forderung Geleisteten ausgeschlossen wäre und ein für sie bestelltes Pfandrecht wirksam bliebe, sondern auch die verjährte Forderung noch als Gegenforderung geltend gemacht und namentlich zur Aufrechnung verwendet werden könnte[4]). In Bezug auf die Voraus-

[1]) Für eine solche auch G. **Hartmann** S. 347–348, **Schilling** S. 57, **Hanausek** S. 312 ff. u. 331 und der Sache nach **Bähr** S. 285 ff. — Dagegen tadelt **Hölder** zwar den Ausdruck „Anspruchsverjährung", will aber eine im wesentlichen damit zusammenfallende Verjährung der „Forderung" durchführen (S. 141); auch wünscht er die Berücksichtigung der Verjährung von Amts wegen (S. 148—150). **Fischer** S. 118 u. 121 ff. will durchweg die Anspruchsverjährung durch eine Verjährung des Rechtes im ganzen ersetzen; den Ausschluß der condictio indebiti hält er hiermit für vereinbar. Ähnlich **Lehmann** S. 108. Zweifelnd **Meischeider** S. 60 ff.

[2]) Aber auch die binglichen Klagen, so daß mit deren Verjährung eben die Geltendmachung des dinglichen Rechtes selbst abgeschnitten wäre und das anspruchlose dingliche Recht des Entwurfes, das die Motive selbst als „dominium sine re" bezeichnen, in Wegfall käme. Vgl. gegen dasselbe **Bähr** S. 290—292, **Hanausek** S. 306, **Schilling** S. 58, **Lehmann** S. 107 ff., **Fischer** a. a. O., **Zródłowski** S. 80—83, **Krech** S. 38—39. — Ebenso muß mit der Klage auf Befriedigung zugleich die (nach der Auslegung der Motive unverjährbare) Feststellungsklage erlöschen; **Bähr** S. 287—290, **Hanausek** S. 327—331.

[3]) Vgl. **Dernburg**, Pand. I § 150 Anm. 7; **Bähr** S. 292 ff. (vgl. namentlich S. 298—300 über die Notwendigkeit der Unverjährbarkeit der exceptio doli); **Hanausek** S. 320—323. — Sonderbarerweise hat der Entwurf es doch für geraten gehalten, gerade in dem Hauptfalle, in welchem es wirklich einer Einredeverjährung bedarf, nämlich bei den Einreden wegen Gewährsmängel, auf den Verlust der Einrede infolge der „Anspruchsverjährung" ausdrücklich hinzuweisen (§§ 397 Abs. 1, 407 Abs. 1, 571 Abs. 1). Nur um dieses Falles willen aber hat das von den Motiven (S. 291) angeführte Erk. des Reichsger. (E.-S. Bd. 2 Nr. 40 S. 158 ff.) sich zu der Lehre **Windscheids** bekannt!

[4]) Die Unbilligkeit, welche in der Versagung der Kompensation mit einer in kurzer Frist verjährten Forderung einer älteren Gegenforderung gegenüber liegt, suchen die Motive (S. 349) wieder durch den Hinweis auf die Sorgfalt eines „ordentlichen Hausvaters" zu bemänteln: „Ein ordentlicher Hausvater darf, ohne Rücksicht auf das Verhältnis von Soll und Haben, nicht unterlassen, sich mit dem anderen Teile zu gehöriger Zeit auseinanderzusetzen." — Für Zulassung der Aufrechnung auch **Dernburg** a. a. O. § 150, **Hölder** S. 146, G. **Hartmann** S. 348, **Zródłowski** S. 84, **Fischer** S. 126, **Bähr** S. 300—304.

setzungen und den Beginn der Verjährung, ihre „Hemmung“ und „Unterbrechung“, die Verjährung der actio judicati, die accessio temporis u. s. w. schließt der Entwurf sich der herrschenden gemeinrechtlichen Doktrin an[1]). Als Verjährungsfrist aber führt er neben der ordentlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 155) für eine große Zahl von Ansprüchen aus Geschäften des täglichen Verkehrs eine zweijährige (§ 156) und für die Rückstände regelmäßig wiederkehrender Leistungen eine vierjährige (§ 157) Verjährungsfrist ein[2]). Unter den einer zweijährigen Verjährung unterworfenen Forderungen befinden sich einzelne, bei denen eine so kurze Frist Bedenken hervorruft. Am meisten gilt dies von den in § 156 Z. 12 aufgeführten Ansprüchen „derjenigen, welche im Privatdienste stehen, wegen des Gehaltes, Lohnes oder anderer Dienstbezüge einschließlich der Auslagen“. Wie wenig sind oft „Haus- und Wirtschaftsbeamte, Erzieherinnen, Gesellschafterinnen, Vorleserinnen, Hauslehrer, Privatsekretäre, Privatschreiber, Personen des Gesindestandes“, welche die

Dagegen Hanausek S. 324—326, der aber wenigstens in gewissen Fällen der abgekürzten Verjährung durch eine scharf begrenzte Ausnahmebestimmung helfen will.

[1]) Über den Beginn der Verjährung vgl. Zródłowski S. 78 u. Hanausek S. 319 (er will den Zeitpunkt der Klagbarkeit als Anfangstermin festsetzen). — Über „Hemmung“ und „Unterbrechung“ Hölder S. 146—148, Schilling S. 59—60, Zródłowski S. 80, Meischeider S. 62 ff.; speciell über „Hemmung“ G. Hartmann S. 349—350 (er meint, die Hemmung bloß wegen „höherer Gewalt“ gehe nicht weit genug, zum Teil aber, wie z. B. bei der zweijährigen Verjährung, wieder zu weit), Fischer S. 108; über „Unterbrechung“ Lehmann S. 104, Linckelmann, Gutachten S. 51, Horwitz, Gutachten S. 577—587; gegen den Vorschlag des letzteren, auch der Mahnung und der Aufrechnung unterbrechende Kraft beizulegen, wendet sich mit Recht Hanausek S. 314.

[2]) Lehmann S. 97 ff. wünscht eine einheitliche kurze Verjährungsfrist von 3 Jahren, die er noch auf weitere Fälle (insbesondere Verzugszinsen und alle Forderungen der Landwirte aus ihren Lieferungen) ausdehnen will. Für eine einheitliche kurze Verjährungsfrist auch Zródłowski S. 80. — Die ordentliche Verjährungsfrist will Lehmann S. 100—103 auf 10 Jahre und nur in bestimmten außerordentlichen Fällen auf 20 Jahre, Hölder S. 142 auf 20 Jahre festsetzen. Zródłowski S. 79 will auch die ordentliche Verjährung erst mit Jahresschluß ablaufen lassen. — Über die unnötige Buntheit der sonst noch im Entwurf begegnenden Verjährungsfristen vgl. Fischer S. 127. — Gegenüber § 185, der den Ausschluß oder die Erschwerung der Verjährung durch Rechtsgeschäft verbietet, ihre Erleichterung durch Rechtsgeschäft zuläßt, verlangt Horwitz a. a. O. S. 587—588 Anerkennung der Parteiabrede in beiden Richtungen, Fischer S. 124 Anm. 1 u. Zródłowski S. 84 gänzlichen Ausschluß der Parteiwillkür; vgl. Hölder S. 151.

Motive (S. 303) als hierher gehörig bezeichnen, thatsächlich in der Lage, einer säumigen Herrschaft gegenüber ihre Forderungen klageweise geltend zu machen! Man stelle sich z. B. vor, daß die Gesellschafterin einer alten reizbaren Dame längere Jahre hindurch kein Gehalt empfängt und jeden Schritt, der sie ihre Stellung kosten könnte, um so mehr unterläßt, als die bereits kränkelnde Dame öfter versichert, sie werde in ihrem Testament die treuen ihr geleisteten Dienste belohnen. Nach dem Tode der Dame findet sich ein Testament nicht vor, die mehr als zweijährigen Gehaltsrückstände aber sind nun verjährt. Vielleicht hat vor mehr als zwanzig Jahren die Gesellschafterin, die damals in Not war, von der Dame ein Darlehn empfangen. Die Erben finden den Schuldschein im Nachlaß und klagen auf Rückerstattung. Nun kann die Gesellschafterin mit ihren verjährten Gehaltsansprüchen nicht einmal kompensieren. Nach der schon angeführten Stelle der Motive (S. 349) geschieht ihr ganz recht: wennschon sie von „Soll und Haben“ vermutlich nur aus Freytags Roman wußte, hätte sie doch als „ordentlicher Hausvater“ „nicht unterlassen dürfen, sich mit dem anderen Teile zu gehöriger Zeit auseinanderzusetzen“. Mindestens müßte doch hier für die Dauer des Dienstverhältnisses eine „Hemmung“ der Verjährung statuiert werden. Der Entwurf bestimmt mit Recht, daß die Verjährung zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit der letzteren, zwischen Ehegatten während der Ehe, zwischen dem Vormunde und dem Mündel während des Vormundschaftsverhältnisses gehemmt sein soll (§ 168). Die von den Motiven (S. 324) vor allem betonte Rücksichtnahme auf das „Pietätsverhältnis“ aber, mit welcher übrigens die Beschränkung der Sistierung des Verjährungslaufes auf die Dauer der Minderjährigkeit der Kinder unvereinbar ist, hätte dazu führen müssen, die Hemmung der Verjährung auch auf sonstige Fälle der hausgenossenschaftlichen Verbindung während der Dauer der Hausgemeinschaft zu erstrecken. Auch die vierjährige Frist des § 157 kann unter Umständen zu kurz bemessen sein. Sie paßt für die Rückstände solcher in periodischer Wiederkehr geschuldeten Leistungen, bei denen die Leistungsperiode ein Jahr oder weniger beträgt, nicht aber für die in längeren Zwischenräumen geschuldeten Renten oder Beiträge [1]). Auffallend ist, daß der Entwurf unter die einer kürzeren Verjährungsfrist unterworfenen Forderungen die Forderungen des Staates und anderer

[1]) Vgl. Hölder S. 142.

öffentlichrechtlicher Verbände auf Steuern, Abgaben und Gebühren nicht aufgenommen hat. Die Motive schweigen hierüber: sie stellen nur hinsichtlich der Kostenansprüche des Reichsfiskus wegen eines vor einer Reichsbehörde stattfindenden Verfahrens und der Einzelstaaten wegen reichsgesetzlich geregelter Kosten eine Bestimmung des Einführungsgesetzes in Aussicht (S. 307), die jedoch unterblieben ist. Offenbar glaubte man wieder durch den „öffentlichrechtlichen Charakter“ solcher Ansprüche der Aufgabe überhoben zu sein, sich irgendwie mit ihnen zu befassen. In der That aber entspricht es unserer deutschen Überlieferung und dem fast überall geltenden heutigen Recht, daß die einzelnen fälligen Steuer- und Gebührenforderungen trotz ihres öffentlichrechtlichen Entstehungsgrundes nach Obligationenrecht beurteilt und insbesondere einer kurzen privatrechtlichen Verjährung unterworfen werden. Der Entwurf hat ja auch keinen Anstand genommen, die Verjährung der dem Staate gegenüber begründeten Ansprüche auf Besoldungen, Wartegelder und Pensionen zu regeln (Motive S. 306)! Nicht ganz durchsichtig sind die Bestimmungen des Entwurfes über das Verhältnis der Verjährung der einzelnen wiederkehrenden Leistungen zu der Verjährung des Rechtes im ganzen. Nach § 160 soll bei den „nicht von einem Hauptrecht abhängigen“ Leistungen die Verjährung des Anspruches im ganzen mit dem Zeitpunkt beginnen, in welchem die Verjährung des Anspruches auf eine Leistung begonnen hat. Hierbei ist doch wohl zu supponieren, daß die Verjährung des Gesamtanspruches (z. B. auf eine lebenslängliche Rente) im übrigen unabhängig von der Verjährung des für ihren Beginn maßgebenden Einzelanspruches verläuft, mithin nicht in 4, sondern erst in 30 Jahren vollendet und durch jede spätere Einzelleistung unterbrochen wird. Umgekehrt verjährt der Anspruch auf die einzelne Leistung selbständig in 4 Jahren von ihrer Fälligkeit an; nur sollen nach der positiven Vorschrift des § 184 Abs. 2 mit der Verjährung des Gesamtanspruches zugleich alle Ansprüche auf rückständige Leistungen verjährt sein, wenn auch die vierjährige Frist hinsichtlich ihrer noch nicht abgelaufen ist. Bei den „von einem Hauptrecht abhängigen“ wiederkehrenden Leistungen (z. B. Zinsen) erkennt der Entwurf nach Aussage der Motive einen „Gesamtanspruch“ nicht als vorhanden an (S. 311), so daß also hier die Verjährung des Hauptrechtes (der Kapitalforderung) und jedes einzelnen Nebenanspruches (der einzelnen Zinsforderung) vollkommen selbständig nebeneinander stehen und nur nach der positiven Vorschrift des § 184 Abs. 1 wiederum kein Nebenanspruch den Hauptanspruch zu überleben vermag. Zwischen

Renten und Zinsen bestünde also praktisch der Unterschied, daß einerseits der Rentenanspruch im ganzen selbständig, der Zinsanspruch nur mit der Kapitalforderung verjährbar wäre, andererseits die Verjährung der einzelnen Rente über den Beginn der Verjährung des Rechtes im ganzen entschiede, dagegen die Verjährung der einzelnen Zinsforderung für den Beginn der Verjährung des Kapitalanspruches keine Bedeutung hätte. Dieses inhaltlich wenig befriedigende Ergebnis muß man freilich mühsam erraten, zumal die Motive die Sache mehr verdunkeln als aufklären[1]). — Neben der „Anspruchsverjährung" kennt der Entwurf kein anderes Verjährungsinstitut als die Ersitzung des Eigentums an Fahrnis. Die Ersitzung des Eigentums an Liegenschaften, die Ersitzung dinglicher und sonstiger zu dauernder Ausübung geeigneter Rechte und das Erlöschen von Rechten durch Nichtgebrauch schafft er ab. Wir werden später sehen, wie wenig dieser mit der Überspannung des Grundbuchsystems zusammenhängende Radikalismus dem praktischen Bedürfnis gerecht wird. Hier sei nur bemerkt, daß es um so bedenklicher ist, wenn der Entwurf auch das Rechtsinstitut der **Unvordenklichkeit** verwirft[2]). Neben einem ausgebildeten System rechtszerstörender und rechtsbegründender Verjährung allenfalls entbehrlich, ist die Immemorialverjährung kaum zu missen, wenn die an feste Fristen gebundene Verjährung sich in der Anspruchsverjährung und der Mobiliarusukapion erschöpfen soll. Die Motive (S. 346—347) geben nicht nur die Bedeutung des Institutes für das öffentliche Recht zu, sondern stellen auch dessen Beibehaltung für die dem Landesrecht überlassenen Materien (wie z. B. Wasserrecht und Forstrecht) in Aussicht. Die Anerkennung des unvordenklichen Besitzzustandes als eines Rechtszustandes ist aber auf vielen anderen Privatrechtsgebieten ein nicht minder dringendes Bedürfnis. Man denke nur an die nachbarlichen Verhältnisse, an subjektiv dingliche Rechte, an die Rechtsverhältnisse und zwar auch die ständigen Obligationen zwischen Ver-

[1]) Es ist daher begreiflich, daß z. B. **Hölder** a. a. O. S. 143—146 und 150—151 die Intention des Entwurfes nicht erraten hat. So mißversteht er die Äußerung der Motive S. 311, daß es angezeigt sei, die „Zinspflicht" nur mit der Kapitalforderung verjähren zu lassen. Die Motive sprechen hier nicht von der einzelnen Zinsschuld, die natürlich selbständig verjährt, sondern von der Zinspflicht im ganzen; sie wollen sagen, daß durch Nichtentrichtung von Zinsen die verzinsliche Schuld, solange sie nicht überhaupt verjährt ist, nicht zur unverzinslichen Schuld werden soll. — Gegen die Bestimmung des § 184 erklären sich **Lehmann** a. a. O. S. 106, **Fischer** a. a. O. S. 127.

[2]) Für die Beibehaltung auch G. **Hartmann** S. 325—328.

bandspersonen, an die einer Gemeinde oder Genossenschaft zu Gunsten der Gesamtheit oder einer Klasse ihrer Mitglieder zuständigen Rechte, an entsprechende Gesamtverbindlichkeiten oder Gesamtlasten, an das Recht auf einen bestimmten Familiennamen und ein bestimmtes Familienwappen, an den unvordenklichen Besitz der Körperschaftsrechte u. s. w. Und die Unvordenklichkeit stellt sich für eine tiefere Rechtsauffassung keineswegs als eine willkürliche Rechtsbildung, sondern als ein in der Rechtsidee selbst begründetes Institut dar. Sie läßt sich sogar in gewissem Sinne, wie die Gewohnheit als Urquelle der Rechtsnormen, so als Urgrund der Rechtsverhältnisse bezeichnen. Wird die Heiligkeit des im Dunkel der Vorzeit Gewordenen nicht mehr anerkannt und für alles Bestehende ein erweislicher legitimer Anfang gefordert, so stürzt unser gesamtes System der erworbenen Rechte zusammen und man mag zu einer Neuverteilung der irdischen Güter schreiten! Nach dem Entwurf soll freilich die bereits vollendete unvordenkliche Verjährung nicht angetastet und sogar durch eine besondere Vorschrift des Einführungsgesetzes vor der Beeinträchtigung durch die künftige Schwierigkeit und endliche Unmöglichkeit ihres Nachweises geschützt werden [1]). Allein wenn die Motive ausdrücklich selbst für die Vergangenheit den „Wert" des ganzen Institutes als problematisch hinstellen, so tritt hierin eine Anschauung zu Tage, deren folgerichtige Durchführung zu Ergebnissen führen könnte, von denen ihre gegenwärtigen Vertreter sich nichts träumen lassen.

Die Vorschriften des achten Abschnittes über „Selbstverteidigung und Selbsthülfe" gehen von dem richtigen Gedanken aus, neben der privatrechtlichen Anerkennung des Rechtes der Notwehr (§ 186) und des Verteidigungsrechtes gegen fremde gefahrdrohende Sachen (§ 187) auch die aktive Selbsthülfe nicht ängstlich zu beschränken. Sie verbieten nicht die Selbsthülfe als solche, sondern nur die Selbsthülfe durch „an sich unerlaubte Handlungen" (§ 188) und gestatten mit gewissen Kautelen auch die Selbsthülfe durch gewaltsamen Zugriff gegen Sachen und Personen, falls obrigkeitliche Hülfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Rechtsverwirklichung droht (§ 189). Bedenklich ist zum Teil die Fassung dieser Vorschriften, bei denen Gemeinverständlichkeit um so wünschenswerter wäre, als Mißverständnisse über den Umfang der zulässigen Selbsthülfe von schwerwiegenden Folgen sein können [2]). Das Haupt-

[1]) Im Entw. des E. G. ist nichts darüber zu finden.

[2]) Vgl. Hölder S. 151—153, Bähr S. 345, Schilling S. 60—61,

gebrechen dieses Abschnittes aber liegt in der Ausweisung der eigenmächtigen Vieh- und Personalpfändung des deutschen Rechtes aus dem künftigen gemeinen Recht. Wir haben schon oben diesen unentschuldbaren Mißgriff gerügt und zugleich auf die kaum glaubliche, nur aus einer unüberwindlichen Abneigung gegen alles noch lebendige, urwüchsige und sinnfällige Germanenrecht erklärliche Form hingewiesen, in der die Motive ihn zu rechtfertigen suchen (vgl. oben S. 77 Anm. 2).

Der neunte Abschnitt über das „Urteil" beschäftigt sich mit dem zulässigen Inhalt eines Urteils (§ 190) und mit der materiellen Rechtskraft (§§ 191—192). Die Bestimmungen des Entwurfes sind hier dürftig und enthalten zum Teil Selbstverständliches, das man wohl nur hervorheben zu müssen glaubte, weil man eine ausdrückliche Ablehnung gewisser Konsequenzen des römischen Aktionensystems für nötig hielt[1]).

Im zehnten Abschnitt über „Beweis" (§§ 193—198) sucht der Entwurf die Verteilung der Beweislast durch eine Anzahl fester Gesetzesregeln zu normieren. Der ganze Abschnitt gehört kaum in ein bürgerliches Gesetzbuch. Man würde ihn um so lieber missen, als er eine wirkliche Lösung der Schwierigkeiten keineswegs bringt. Er wiederholt lediglich in einer sehr doktrinären Fassung die hergebrachte, in sich wenig gefestigte und praktisch unzureichende Theorie und entscheidet in anfechtbarer Weise einige rein wissenschaftliche

---

Zródłowski S. 39, besonders aber v. Liszt, Beiträge Heft 5 S. 8—14. Der letztere verlangt eine vollständige Umarbeitung des Abschnittes, bei welcher die „Selbstverteidigung gegen Sachen" gestrichen, dafür aber der Notstand einschließlich der Nötigung civilrechtlich geregelt und als Ausschließungsgrund der Rechtswidrigkeit anerkannt werden soll. Allgemein wird der § 188 für überflüssig, gerade deshalb aber für bedenklich erklärt.

[1]) Vgl. Hölder S. 153—154; Bähr S. 345—347; Schilling S. 61 bis 64; Zródłowski S. 31; Fischer, Beiträge Heft 6 S. 17 u. 135—140; Klöppel, Gutachten S. 825 ff. u. 839 ff. — Bähr tadelt die Streichung des Instituts der Judikatszinsen und den Mangel jeder Beschränkung der selbständigen Verfolgbarkeit der Nebenansprüche. In letzterer Beziehung tritt Klöppel S. 828 für den Entwurf ein. Hölder, Schilling und Fischer wenden sich gegen § 191 Abs. 2, der den Verzicht auf die Wirkung der Rechtskraft zulässig macht. Schilling tritt für das Zurückbleiben einer natürlichen Verbindlichkeit bei unrichtiger Freisprechung ein. Klöppel S. 839 ff. sieht einen empfindlichen Mangel darin, daß die außergerichtliche Anerkennung nicht geregelt, sondern nur im Obligationenrecht die Anerkennung sinnwidrig als Schuldversprechen behandelt ist.

Streitfragen. Es ist zu besorgen, daß diese Gesetzesregeln die Praxis mehr beengen als zu einem glücklichen Ziele leiten würden[1]).

Den Beschluß des ersten Buches bildet ein elfter Abschnitt über „Sicherheitsleistung“ (§§ 199—205). Der Entwurf beschränkt sich hier darauf, die im Zweifel zu einer ausreichenden Sicherstellung tauglichen Mittel anzugeben. Im wesentlichen schließt er sich dem geltenden Recht an. Doch erklärt er Pfänder und Bürgen nicht für gleichwertig, sondern läßt die Sicherheitsleistung durch Bürgen nur subsidiär zu und schafft die juratorische Kaution überhaupt ab. Ungerechtfertigt ist, wie schon gelegentlich bemerkt wurde (oben S. 52), die Beschränkung der zur Kautionsleistung geeigneten Wertpapiere auf Inhaberpapiere (§ 201 Abs. 1) sowie die ausschließliche Beurteilung der Tüchtigkeit eines Bürgen nach seinem Vermögensbesitz (§ 204)[2]).

Wie dieser Überblick ergiebt, behandelt der Allgemeine Teil außer dem objektiven Recht und den Rechtssubjekten lediglich die Begründung, Veränderung und Aufhebung des subjektiven Rechtes durch die darauf gerichteten willkürlichen Handlungen („Rechtsgeschäfte“), die Auslegung von Zeitbestimmungen, die Anspruchsverjährung und den Schutz und die Sicherung der Rechte. Dagegen enthält er keine Bestimmungen über Rechte und Verbindlichkeiten im allgemeinen. Er schweigt über die Verschiedenartigkeit der Rechte, ihre Entstehungs-, Veränderungs- und Beendigungsgründe, ihren Erwerb und Verlust, ihre Verzichtbarkeit, Übertragbarkeit und Vererblichkeit, ihre Ausübung, ihre Kollision. Die Motive suchen diese Unterlassung eingehend zu rechtfertigen (S. 271—278). Nicht überall wird man durch die vorgetragenen Argumente überzeugt, daß wirklich ein großes Gesetzbuch auf die Aufstellung leitender Grundsätze in allen diesen

[1]) Vgl. Hölder S. 153—157; Schilling S. 64—65 (für einfache Streichung); L. Goldschmidt S. 82—84; Klöppel a. a. O. S. 836 ff.; insbesondere aber Fischer a. a. O. S. 18—28, wo zugleich die an anderen Stellen des Entwurfes enthaltenen Beweisregeln und Vermutungen besprochen sind.

[2]) Übereinstimmend im letztgedachten Punkte Hölder S. 157, Schilling S. 65. Eingehend bespricht den ganzen Abschnitt Koch, Beiträge Heft 4 S. 8—14, der ebenfalls eine Erweiterung des Kreises der als Sicherungsmittel zulässigen „Wertpapiere“ und zugleich die Zulassung der Verpfändung von Buchforderungen an einen deutschen Staat verlangt, dagegen die Anerkennung der Bürgschaft als Sicherungsmittel nicht befürwortet und jedenfalls nur schriftliche und selbstschuldnerische Verbürgung für ausreichend erklären will; er fordert überdies eine Definition der „öffentlichen Hinterlegung“ und die nähere Bestimmung dessen, was als „Geld“ hinterlegt werden kann.

Punkten verzichten darf. Für den Mangel jeder Bestimmung über subjektiv dingliche Rechte und über die durch das Institut der Wertpapiere bewirkte Verknüpfung von Rechten mit beweglichen körperlichen Sachen (Urkunden) werden sogar Gründe überhaupt nicht beigebracht. Charakteristisch sind die Erwägungen, welche nach Aussage der Motive (S. 274—275) den Entwurf zurückgehalten haben, eine Vorschrift wider die mißbräuchliche Ausübung der Rechte und namentlich wider die „Chicane" aufzunehmen. Die Bestimmungen des Preußischen Landrechtes gegen chicanöse Rechtsausübung (I 6 § 37) und den Mißbrauch des Eigentums (I 8 §§ 27—28) werden angeführt. Keine Ahnung aber taucht davon auf, daß in solchen Sätzen das lange verdunkelte deutsche Rechtsgewissen zum Durchbruch gekommen ist! Das romanistische Denken des Entwurfes weiß nur von reinen Befugnissen, welche zwar von außen her durch entgegenstehende Befugnisse eingeschränkt und mit Pflichten verknüpft werden können, jedoch in sich selbst eine Schranke nicht tragen[1]). Dagegen ist dem Geiste dieses Entwurfes die eigentlich germanische Auffassung, nach welcher jedes Recht zugleich Pflicht ist und eine ihm immanente sittliche Schranke hat, völlig verschlossen. Und gänzlich fern liegt ihm die Vorstellung, daß dieser altnationale Gedanke in Zukunft ungleich kräftiger als bisher auch unser Privatrecht wieder durchdringen und in positiver Weise wird erfüllen müssen, wenn unser Rechtsleben vor gefährlicher Entartung und unberechenbaren Erschütterungen bewahrt bleiben soll.

[1]) Hier wie so oft denkt der Entwurf freilich „romanistischer" als das römische Recht. Vgl. G. Hartmann S. 341—346, der für die Anerkennung der exceptio doli generalis zum Schutz gegen Chicane eintritt; auch Bähr, Verh. des 20. Juristent. Bd. 1 S. 299 ff. u. 305, der den Mangel einer unverjährbaren derartigen Einrede „geradezu verhängnisvoll" findet.

Fünfter Abschnitt.

Das Obligationenrecht des Entwurfes[1]).

Unter dem deutschen Namen „Recht der Schuldverhältnisse“[2]) wird im zweiten Buche des Entwurfes das römische Obligationenrecht wesentlich in derjenigen Gestalt reproduziert, welche es durch die gemeinrechtliche Doktrin der Gegenwart als ein selbständiger und in sich abgeschlossener Rechtsteil empfangen hat. Wenn der Entwurf sich hier besonders eng an die Pandektenlehre angeschlossen hat, so fehlt es diesem Verfahren nicht an innerer Berechtigung. Niemand bezweifelt, daß die weltgeschichtliche Größe des römischen Rechts vor allem auf seinem Obligationenrecht beruht. Dieses römische Obligationenrecht, wie es aus dem fruchtbaren Keim eines geistesgewaltigen Stadtrechts zum universellen Verkehrsrecht einer hochentwickelten Kulturwelt emporgewachsen war, stand im Mittelpunkt der ganzen Reception. In ihm vornehmlich suchte und fand unser Volk, als es sich seinem Mittelalter entfremdete, die heißersehnte Lebensordnung einer neuen Zeit. Hier nahm es am willigsten das Fremde auf und machte sich dasselbe am frühesten zu eigen. Gleichzeitig aber vollzog sich auf diesem Gebiete am leichtesten die

---

[1]) Über dieses Buch im allgemeinen vgl. Laband, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 161—208, Bd. 74 S. 1—54, 299—336; Westrum, Gutachten S. 231 bis 250; Gebhart ebenda S. 251—294; L. Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts im Entwurf, Heft 11 der Beiträge.

[2]) Über diese nicht gerade glückliche Namengebung vgl. Laband S. 166, L. Seuffert S. 2, Bekker S. 29.

Verschmelzung des antiken Gedankensystems mit alten und neuen Gebilden des einheimischen Rechts. Zumal dem gemeinen Obligationenrecht in der Abstoßung unbrauchbarer Bestandteile des römischen Rechts und in der Einfügung wertvoller Ergebnisse der germanischen Rechtsentwickelung vielfach das besondere Verkehrsrecht des Handelsstandes bahnbrechend voranging! Die Reaktion zu Gunsten des reinen römischen Rechts blieb dann freilich auch hier nicht aus. Allein sie erzielte im ganzen nur vorübergehende Erfolge. Die heutige romanistische Rechtswissenschaft kann sich rühmen, daß sie die Fesseln einer vor kurzem noch herrschenden Dogmatik, welche die römischen Formulierungen als unantastbare Glaubenssätze hinnahm, im Obligationenrecht zerbrochen und einer Fülle moderner Rechtsgedanken die Thore geöffnet hat. So konnte denn der Entwurf hier in erheblichem Umfange die Pandektenlehre zu Grunde legen, ohne mit den Anschauungen und Bedürfnissen der deutschen Gegenwart in Widerspruch zu treten. Dabei kam es ihm zu statten, daß er sich auf eine Anzahl guter Vorarbeiten und namentlich auf den Dresdner Entwurf stützen konnte.

Doch gilt das Gesagte keineswegs für den ganzen Bereich der im zweiten Buche normierten Lebensverhältnisse. Soweit es sich darum handelt, das Prinzip der Verkehrsfreiheit durchzuführen und die im freien Spiel der wirtschaftlichen Kräfte sich knüpfenden und lösenden vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen unabhängigen Individuen in ein angemessenes Rechtsgewand zu kleiden, erweist die gedankliche Grundlage des Entwurfes sich als ausreichend. Darüber hinaus versagt auch hier das romanistische Schema. Wo das Obligationenrecht seiner Wurzel oder seinem Erfolge nach über sich selbst hinausweist, weiß der Entwurf die Brücken zwischen dem „Recht der Schuldverhältnisse" und den übrigen Rechtsteilen nicht zu schlagen. Er scheint sogar mit Vorbedacht die vollkommene Isolierung des Obligationenrechts anzustreben und in der Selbstgenügsamkeit desselben das eigentliche Ziel seiner systematischen Verselbständigung zu erblicken. Wäre diese Anschauung begründet, so müßte man wahrlich die Systematik des preußischen und des französischen Gesetzbuchs vorziehen, welche ein abgesondertes und in sich geschlossenes Obligationenrecht nicht kennt! Allein an sich ist in der formalen Verselbständigung des Rechtes der Schuldverhältnisse durchaus keine Nötigung enthalten, auch in materieller Hinsicht die Forderungen und Verbindlichkeiten aus dem organischen Zusammenhange herauszureißen, in welchem sie entspringen oder wirksam werden.

Hinsichtlich des **Ursprunges** der Schuldverhältnisse enthält der Entwurf keine allgemeine Bestimmung. Er ordnet die Entstehung von Schuldverhältnissen aus Verträgen und einseitigen Versprechen, aus unerlaubten Handlungen und aus gewissen „anderen Gründen“, schickt aber den besonderen Rechtssätzen über diese drei Kategorieen von Obligationen einen allgemeinen Teil voraus, welcher ausweislich der Motive (II S. 4) auch für die in sachenrechtlichen, familienrechtlichen und erbrechtlichen Verhältnissen entspringenden Obligationen gelten soll. Man wird annehmen müssen, daß auch die in körperschaftsrechtlichen Verhältnissen wurzelnden Schuldverhältnisse von diesen allgemeinen Bestimmungen ergriffen werden. Und selbst die dem öffentlichen Recht entstammenden vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten, wie z. B. fällige Steuern, Beamtengehälter, Pensionen u. s. w. sollen in ihrem individualrechtlichen Bestandteil offenbar den bisher stets auf sie angewandten Regeln des Obligationenrechts unterworfen bleiben [1]). Nicht überall hat sich der Entwurf bei der Aufstellung seiner allgemeinen Rechtssätze diese große Tragweite derselben zum Bewußtsein gebracht. In der Hauptsache freilich ist es Sache der anderen Rechtsgebiete, für die in ihnen entspringenden Schuldverhältnisse das abstrakte Obligationenrecht in geeigneter Weise umzubilden. Da aber der Entwurf in seinem Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht und Körperschaftsrecht dies vielfach versäumt und oft gerade umgekehrt die hier wurzelnden Verbindlichkeiten durch eine ausdrückliche Verweisung den gewöhnlichen Regeln über Schuldverhältnisse oder über eine bestimmte Gattung von Schuldverhältnissen unterstellt, verdoppeln sich die Bedenken, welche die streng individualistische Struktur dieses Obligationenrechts erregen muß.

Vor allem jedoch macht sich bei der Behandlung der **Wirkungen** der Obligation die Enge des romanistischen Begriffsschemas, in welchem der Entwurf befangen bleibt, nachteilig fühlbar. Der Entwurf sucht mit möglichster Konsequenz den römischen Gedanken durchzuführen, daß die Obligation nichts als ein persönliches Band zwischen Gläubiger und Schuldner begründet und daher schlechthin nur die vom Schuldner zu bewirkende Leistung (Handlung oder Unterlassung) zum Gegenstande hat, in keiner Weise dagegen „auch“ oder „schon“ den Gegenstand dieser Leistung ergreift (Motive a. a. O. S. 5). Er

[1]) Vgl. die Motive zu § 288 S. 113—114, sowie die §§ 289 und 311 des Entwurfes.

muß demgemäß diesen Leistungsgegenstand, der in wirtschaftlicher Hinsicht dem Schuldverhältnis ja überhaupt erst einen realen Inhalt und besonderen Charakter verleiht, als ein für das juristische Wesen der Obligation eigentlich gleichgültiges Element behandeln. Die deutschrechtliche Auffassung sieht umgekehrt in dem Gegenstande der geschuldeten Handlung, weil er ja doch die materielle Substanz des ganzen Rechtsverhältnisses bildet, ein Wesensmoment der Obligation, durch dessen Beschaffenheit zugleich die Natur und die Wirksamkeit des persönlichen Bandes bestimmt werden. Von diesem Standpunkte aus ergiebt sich dann sofort eine ungleiche Struktur der Forderungsrechte, je nachdem sie etwa auf die Leistung von Geld oder vertretbaren Sachen oder auf die Verschaffung eines individuell bestimmten Sachkörpers oder Rechtes oder auf eine persönliche Arbeitsleistung gehen. Das moderne Rechtsleben ist so bis ins innerste von dieser deutschrechtlichen Anschauungsweise durchdrungen, daß der Entwurf sich unmöglich der Anerkennung einer Reihe von Folgesätzen entziehen konnte, in denen sich ihr Sieg über den abstrakten römischen Obligationsbegriff offenbart. Aber er hält nicht nur prinzipiell an der römischen Auffassung fest, sondern sucht auch in möglichst weitem Umfange deren praktische Konsequenzen zu retten.

Durchaus berechtigt freilich ist das Bestreben des Entwurfes, die obligationenrechtliche Grundlage einer Rechtshandlung und diese Rechtshandlung selbst scharf zu unterscheiden und die Wirkung der einen wie der anderen aus ihrem eigenen Inhalt zu bemessen. Man wird es auch bis zu einem gewissen Grade billigen müssen, wenn der Entwurf den durch diese Sonderung zwar nicht notwendig bedingten, wohl aber erst ermöglichten Grundsatz durchführt, welchen die Motive als den „großen Grundsatz der Unabhängigkeit des sogenannten dinglichen Rechtsgeschäftes von der obligatorischen causa“ bezeichnen (a. a. O. S. 3). Ihm zufolge soll namentlich eine Veräußerungshandlung, falls sie als solche in gültiger Weise vollzogen ist, auch dann gültig und wirksam sein, „wenn der Rechtsgrund, aus welchem die Verpflichtung zu ihrer Vornahme abgeleitet wurde, nicht bestanden hat oder ungültig war oder die Parteien verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben“. Nur ein persönlicher Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung soll in solchen Fällen vorbehalten bleiben, um die „dinglichen Wirkungen“ rückgängig zu machen. Als derartig von ihrer causa gelöste abstrakte Rechtsgeschäfte behandelt der Entwurf nicht nur im Immobiliarsachenrecht die Auflassung nebst den ihr gleichgestellten

sonstigen Verträgen (§ 829) und im Mobiliarsachenrecht die Tradition zu Eigentum (§ 874), Nießbrauch (§ 983) und Pfandrecht (§ 1147), sondern auch im Obligationenrecht selbst den Erlaß einer Forderung durch Erlaßvertrag oder negativen Anerkennungsvertrag (§ 290), die Übertragung einer Forderung durch Abtretungsvertrag (§ 294) und die Begründung einer Forderung durch schriftliches Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis (§§ 683—684)[1]. Sehen wir hier von dem später zu besprechenden abstrakten Schuldversprechen ab, so dürften die mit der Losreißung des Veräußerungsgeschäftes vom Veräußerungsgrunde unverkennbar verknüpften Gefahren zum Teil durch die Vorteile überwogen werden, welche aus der selbständigen Wirksamkeit einer in sich selbst fehlerfreien Veräußerungshandlung für die Sicherheit des Rechtsverkehrs erwachsen. Auch werden die Bedenken gegen die Gültigkeit einer ihrem Grunde nach hinfälligen abstrakten Willenserklärung insoweit, als Auflassung oder leibliche Übergabe erforderlich ist, durch die eindringliche Sinnfälligkeit des Erklärungsmittels abgeschwächt, während freilich bei dem Erlaß und der Cession von Forderungen die vom Entwurf beliebte absolute Formlosigkeit des abstrakten Vertrages zu großen Mißständen führen kann. Jedenfalls entspricht das den Entwurf beherrschende Prinzip, welches zum Teil schon dem geltenden Recht angehört, dem Zuge der Zeit. Wird aber dasselbe angenommen, so darf man doch niemals vergessen, daß ihm nur eine formale Bedeutung innewohnt und daß es schlechthin nicht auf Kosten des materiellen Rechtes durchgeführt werden darf[2]. Die Obligation, welche einen Veräußerungs-

[1] Die Sonderbarkeit der Motive, auch bei diesen obligationenrechtlichen Akten von einem „dinglichen Vertrage“ und „dinglichen Wirkungen“ zu reden, hat bereits Bähr, Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 30 S. 361, gerügt. Verwechseln die Motive wirklich „dinglich“ und „abstrakt“? Oder spielt die Vorstellung der Forderung als einer unkörperlichen Sache hinein? Vgl. auch Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit S. 88 Anm. 1, Laband S. 206, L. Seuffert S. 29, Unger, Schuldübernahme S. 26 Anm. 32.

[2] Durchaus gegen den „großen Grundsatz“ des Entwurfes erklärt sich Klöppel, Beitr. z. Erl. des deut. Rechts Bd. 32 S. 644 ff. Für die Übertragung von Eigentum und sonstigen dinglichen Rechten an Liegenschaften verwirft ihn Opitz S. 21 ff.; umgekehrt will ihn Gerson, Arch. f. bürg. Recht Bd. 2 S. 63 bis 72, vor allem für den Verkehr mit beweglichen Sachen beseitigt und mindestens durch ein dem Richter gewährtes Recht, die Angabe des Rechtsgrundes zu fordern, abgeschwächt sehen. Allseitig eindringend handelt Strohal in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 27 S. 335—462 von „Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf u. s. w.“. Er urteilt, daß der Entwurf die römische Auffassung bis zur Unerträglichkeit übertrieben (S. 340), aus rein „spekulativ-

grund schafft, und die Veräußerungshandlung, welche den veränderten Rechtszustand herstellt, gehören zusammen, und wenn das Recht sie äußerlich gegeneinander verselbständigt, will und darf es doch ihren inneren Zusammenhang hiermit keineswegs verleugnen. Darum gewährt es ja, wenn sich der Mangel einer gültigen causa ergiebt, trotz Aufrechthaltung der formellen Wirkungen des Veräußerungsgeschäftes die Mittel zur materiellen Wiederbeseitigung des Erfolges[1]). Es muß auch umgekehrt bei der Behandlung einer derartigen Obligation stets im Auge behalten, daß deren Ziel ein Veräußerungseffekt ist[2]).

Mit dem „großen Grundsatz" des Entwurfes wäre daher sogar, was die Motive für vollkommen ausgeschlossen halten, die Aufnahme des im Preußischen Landrecht anerkannten „Rechtes zur Sache" vereinbar. Warum soll nicht die auf den Erwerb einer bestimmten Sache oder eines bestimmten Rechts gerichtete Obligation diesen Gegenstand „schon" mit der Wirkung ergreifen, daß die Kenntnis eines solchen Erwerbstitels jeden Dritten an dem Erwerbe eines widersprechenden Rechtes hindert? Entspricht es denn etwa unserem Rechts-

---

doktrinären" Gesichtspunkten einer gleichförmigen „Schablone" zuliebe ein praktisch unbrauchbares, ja „schlechthin unmögliches" Recht geschaffen (S. 392 bis 395) und die in den drei großen Gesetzbüchern (dem preuß., österr. u. französ.) durchgedrungenen deutschrechtlichen Anschauungen mißachtet habe (S. 426—437). Bei den Buchakten will er den abstrakten dinglichen Vertrag zulassen, jedoch den Formalismus des Entwurfes wesentlich ermäßigen (S. 399—402). Dagegen will er bei der Übereignung beweglicher Sachen, bei der Begründung des Nießbrauches an beweglichen Sachen und Rechten, bei der Abtretung von Forderungen und bei dem Forderungserlaß die Losreißung des Übertragungsaktes vom Kausalgeschäft nur ausnahmsweise im Falle der Formalisierung des ersteren durch eine Urkunde gestatten (S. 395—399). Wir kommen auf diese sehr beachtenswerten Vorschläge bei den einzelnen abstrakten Verträgen zurück.

[1]) Freilich ist die im Entwurfe durchgängig erfolgte Verweisung des Geschädigten auf eine Kondiktion unzureichend. Wir stimmen aus voller Überzeugung dem Vorschlage von Strohal S. 402 ff. bei, dem ungerecht Verkürzten vielmehr, insoweit nicht die Beschaffenheit des Falles oder der Schutz des gutgläubigen Erwerbes entgegensteht, ein „in rem gehendes Anfechtungsrecht" zu gewähren und damit die Aussonderung im Konkurse und die Verfolgung bei dem schlechtgläubigen Dritten zu sichern.

[2]) Vgl. L. Jacobi im Arch. f. bürg. Recht Bd. 2 S. 55 ff. — Vgl. auch meinen Vortrag über die sociale Aufgabe des Privatrechts S. 26: „Der dingliche Zug der auf Sachbesitz abzielenden oder mit Sachbesitz verbundenen Obligationen, die Möglichkeit voller Verdinglichung eines obligationenrechtlichen Inhalts, — in diesen germanischen Rechtsgedanken lag und liegt eine Welt socialer Ausgleichung beschlossen."

gefühl, wenn der hinterlistige Freund, dem ich von dem glücklichen Ankauf eines noch beim Kunsthändler verbliebenen Ölgemäldes erzähle und der nun hingeht und auf Grund eines höheren Gebotes die Übergabe erlangt, unweigerlich das Eigentum davonträgt? Kann nicht in solchem Falle trotz aller Sonderung von „Obligation" und „dinglichem Rechtsgeschäft" das letztere wegen bewußter Nichtbeachtung einer bereits vorhandenen obligationenrechtlichen Verstrickung der Sache als ungültig behandelt werden? Doch haben die Romanisten das „Recht zur Sache" dergestalt in Mißkredit gebracht, daß zur Zeit ein Kampf für dasselbe wenig Aussicht auf Erfolg hat. Fast scheinen sich selbst die Germanisten des deutschen Ursprungs dieses Rechtes zu schämen, und vielfach suchen auch sie dasselbe als eine bloße Mißbildung darzustellen. Die Motive fertigen es mit zwei Worten vornehm ab[1]).

Mag aber die Entscheidung in dieser Hinsicht fallen wie sie wolle, so wird unter allen Umständen der Entwurf nicht an der ihn jetzt beherrschenden Anschauung festhalten dürfen, daß ein obligationenrechtliches Verhältnis auch dann, wenn es mit Sachbesitz verbunden ist, die Sache selbst schlechthin nicht ergreift. Das Preußische Landrecht läßt bekanntlich in solchen Fällen das Forderungsrecht durch Hinzutritt des Besitzes sich zum dinglichen Recht steigern. Eine solche Konstruktion ist an sich nicht notwendig um die einer Obligation entstammende unmittelbare Herrschaft über eine Sache insoweit zur rechtlichen Geltung zu bringen, als dies der Natur des betreffenden Verhältnisses und dem praktischen Bedürfnis entspricht. Der Satz der Motive, daß die Obligation ihrem Wesen nach niemals „auch" die den Gegenstand der geschuldeten Leistung bildende Sache ergreifen könne, ist ja doch ein rein doktrinäres Theorem, das den Gesetzgeber nicht bindet. Mögen die Juristen noch so laut und einstimmig die logische Unmöglichkeit einer anderen Auffassung predigen, sie werden dem Bewußtsein unseres Volkes niemals die Vorstellung aufzwingen, daß der Mieter oder Pächter lediglich gegen die Person des Vermieters oder Verpächters einen Anspruch auf eine in jedem Augenblick zu erneuernde Sachgewährung hat, dagegen zu dem gemieteten Hause oder dem gepachteten Landgut in keinerlei rechtliche Beziehung tritt. Auch der Kommodatar und der Verwahrer werden

[1]) Für die Aufnahme des preußischen „Rechts zur Sache" in das Gesetzbuch erklären sich auch Klöppel a. a. O. S. 644, Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit S. 65—66, und namentlich L. Jacobi, Arch. f. bürg. Recht Bd. 2 S. 55—66; vgl. auch Opitz S. 58—59. — Dagegen Boyens, Gutachten S. 699.

es sich nicht ausreden lassen, daß die ihnen eingeräumte Machtbefugnis die anvertraute Sache selbst ergreift. Wenn daher der Entwurf sich streng an das romanistische Dogma hält und jede sachenrechtliche Trübung des reinen Begriffes der Obligation verhorresziert, so vergewaltigt er unser Rechtsleben. Vor allem ist er von hier aus zu jener Romanisierung von Miete und Pacht gedrängt worden, die bereits allgemeinen Widerspruch gefunden hat und schon heute für ihn eine verlorene Schlacht bedeutet. Und dabei konnte er gerade hier nicht einmal konsequent bleiben. Will unser Gesetzbuch uns wahrhaft deutsches Recht gewähren, so breche es offen mit dem fremden Dogma! Gilt ihm aber das römische Begriffsschema als unantastbar, so wage es den vom Preußischen Landrecht vollzogenen Sprung und schaffe durch die Erweiterung der Kategorie der „dinglichen Rechte“ den Raum für ein gesundes Miets- und Pachtrecht!

Nicht anders, wie zu den in das Sachenrecht hineinreichenden Wirkungen der Obligationen, verhält sich der Entwurf zu den Berührungen des Obligationenrechts mit dem Personenrecht. Er ignoriert beinahe vollständig die Thatsache, daß die obligationenrechtliche Bindung, sobald sie nicht mehr bloß auf einzelnes Geben oder Thun, sondern auf ständige Thätigkeit für einen bestimmten Zweck gerichtet ist, die Persönlichkeit als solche ergreift und darum ein personenrechtliches Element entfaltet. Für ihn ist überall dieselbe Schablone des reinen „Schuldverhältnisses“ maßgebend. So erhebt er sich bei der Regelung des „Dienstvertrages“ nicht über den römischen Gesichtspunkt der Dienstmiete und behandelt die ihm entspringenden gegenseitigen Verbindlichkeiten mitten unter allerlei innerlich unverwandten Obligationen nach dem Muster der aus einem Kaufe oder Darlehn herrührenden Schulden. Bleibt nun auch die besondere Ordnung gewisser Dienstverhältnisse vorbehalten, so soll doch dieses abstrakte Schema den gedanklichen Rahmen abgeben, in welchen sich jedes vertragsmäßig begründete Dienstverhältnis zu fügen hat. Für die familienrechtliche Seite des mit dem Eintritt in die Hausgemeinschaft verknüpften Gesindevertrages, für den sittlichen und socialen Gehalt des die Persönlichkeit einem größeren oder kleineren wirtschaftlichen Herrschaftsverbande eingliedernden Anstellungs- oder Arbeitsvertrages hat also eigentlich unser künftiges Privatrecht keine Stätte übrig. Ebenso konstruiert der Entwurf den „Gesellschaftsvertrag“ nach dem Vorbild der römischen Societät lediglich im Sinne der abstrakten Obligation und verschließt sich durchaus gegen den Gedanken einer aus dem Obligationenrecht

emporsteigenden personenrechtlichen Gemeinschaft. Wie wenig die Gleichsetzung solcher die ganze Lebensstellung bestimmender Bindungen mit den Schuldverhältnissen des täglichen Verkehrs dem wirklichen Sachverhalt entspricht, zeigt sich schon in der Unanwendbarkeit der meisten über „Schuldverhältnisse im allgemeinen“ getroffenen Bestimmungen auf diese besonderen Gattungen von Vertragsverhältnissen. Man durchmustere den allgemeinen Teil des Obligationenrechtes im Entwurfe, und man wird finden, daß die meisten hier aufgestellten Sätze zwar für Geldschulden und Verbindlichkeiten zu einer Sachleistung passen, dagegen für die persönlichen Verpflichtungen aus Dienst- und Gesellschaftsverträgen jeder Bedeutung entbehren.

Am fernsten liegt dem Entwurf die Beachtung der socialrechtlichen Bezüge des Obligationenrechts. Die individualistische Grundtendenz des ganzen Gesetzeswerkes kommt hier in besonderer Schärfe zum Ausdruck. Durchweg ist das Recht der Schuldverhältnisse so geordnet, als stünden sich dabei nur selbstherrliche Individuen gegenüber, aus deren freier verantwortlicher That Verpflichtungen hervorsprießen[1]). Von einem Schutze der Schwachen gegen wirtschaftliche Übermacht ist weniger als in irgend einem anderen Gesetzbuch zu spüren. Die Schranken der Vertragsfreiheit sind soviel wie möglich hinweggeräumt. Durch eine Reihe einzelner Bestimmungen ist das Schuldrecht strenger und unerbittlicher gestaltet, als sich dies mit der Rücksicht auf die große Masse des Volkes verträgt[2]). Geschäftskunde und eine gewisse geschäftliche Geriebenheit werden als allgemein menschliche Eigenschaften vorausgesetzt. Ein kapitalistischer Geist durchzieht dies Obligationenrecht, während die freie Arbeit in ihm nirgend zu dem ihr gebührenden Rechte kommt. Und vor allem versäumt es der Entwurf, die Konsequenzen aus der nun doch einmal unbestreitbaren Thatsache zu ziehen, daß im heutigen Verkehrsleben die eigentlichen Träger der ökonomischen Bewegung nicht für sich stehende Einzelne, sondern wirtschaftliche Herrschaftsverbände sind. Es mag verfrüht sein, von einer Kodifikation die Ausgestaltung des wirtschaftlichen Verbandes, den ein Unternehmer mit den seinem Betriebe als dienende Glieder

[1]) Vgl. G. Hartmann S. 374: „Der subjektive Wille mit allen seinen Launen kann nicht das Prinzip eines gesunden Obligationenrechts sein.“

[2]) Eine Zusammenstellung von Verschärfungen des Schuldrechtes dem bisherigen Recht gegenüber liefern Bähr S. 567—568 und G. Hartmann S. 353 bis 370. Vgl. auch meinen Vortrag über die sociale Aufgabe des Privatrechts S. 30 Anm. 20—22.

eingefügten Beamten und Arbeitern bildet, zu einer geschlossenen rechtlichen Einheit zu verlangen. Allein in einer Zeit, in welcher die selbständige Bedeutung solcher Verbandseinheiten im Handels- und Gewerberecht und in der gesamten socialpolitischen Gesetzgebung mehr und mehr zur Quelle eigentümlicher Rechtssätze geworden ist, darf auch ein bürgerliches Gesetzbuch nicht einfach die Augen vor ihnen verschließen. Dem Entwurf aber bleibt jede derartige Erwägung fremd; er faßt das innere Verhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und seinen Leuten lediglich als eine Summe einzelner „Schuldverhältnisse" auf und kennt nach außen an Stelle einer Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für seine Leute nur die Haftung der Einzelnen aus eigenem Verschulden[1]). Der Standpunkt des Entwurfes deckt sich ja nun freilich mit dem des bisherigen „gemeinen Rechts". Es ist aber doch ein seltsames Ding, wenn wir bei dem Erlaß eines neuen deutschen Gesetzbuches einem so gewaltigen socialen Problem gegenüber keinen anderen Rat wissen, als das unter gänzlich abweichenden wirtschaftlichen Verhältnissen ausgebildete und durchaus auf die Unterlage der Sklavenarbeit gebaute römische Obligationenrecht zu reproduzieren!

Wenden wir uns nach diesen allgemeinen Bemerkungen zu dem Inhalte des zweiten Buches im einzelnen, so stoßen wir zunächst in dessen erstem Abschnitt auf Bestimmungen über „Schuldverhältnisse im allgemeinen" (§§ 206—341). Der Entwurf nimmt, wie schon erwähnt wurde, in diesen allgemeinen Teil des Obligationenrechts nur solche Sätze auf, bei deren Anwendung er den Entstehungsgrund der Obligation für gleichgültig erachtet. Er enthält sich daher an dieser Stelle jeder Bestimmung über die Begründung der Schuldverhältnisse[2]). Dagegen handelt er vom „Gegenstand der Schuldverhältnisse" (Tit. 1); vom „Inhalt der Schuldverhältnisse" (Tit. 2) und zwar von der „Verpflichtung zur Leistung" (I), dem „Zurückbehaltungsrecht" (II), der „Unmöglichkeit der Leistung und den Folgen der Nichtleistung" (III), dem „Verzuge

[1]) Sehr entschieden spricht sich gegen dieses Verfahren des Entwurfes auch Klöppel a. a. O. S. 652—653 aus.

[2]) Über das Mißliche der hierdurch erforderlich gewordenen drei allgemeinen Teile des Obligationenrechts vgl. Laband S. 168; a. M. L. Seuffert S. 2. — Zweifellos verfehlt und unklar ist die hier und in Abschn. 2 Tit. 1 durchgeführte Trennung von Vorschriften über „Gegenstand" und „Inhalt" der Obligationen; vgl. Bekker S. 29, Laband S. 169, L. Seuffert S. 3, L. Goldschmidt S. 84 ff.

des Schuldners" (IV) und dem „Verzuge des Gläubigers" (V); vom „Erlöschen der Schuldverhältnisse" (Tit. 3) durch „Erfüllung" (I), „Hinterlegung" (II), „Aufrechnung" (III), „Erlaß" (IV), „Vereinigung" (V) und „Tod des Gläubigers oder des Schuldners" (VI); von der „Sondernachfolge in Forderung und Schuld" (Tit. 4), also der „Übertragung der Forderung" (I) und der „Schuldübernahme" (II); von „Schuldverhältnissen mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern" (Tit. 5). Die redaktionellen Mängel des Entwurfes machen sich auch in diesem Abschnitt vielfach fühlbar[1]). Inhaltlich dagegen wird man denselben, soweit nicht die oben bereits erhobenen Bedenken gegen die Unterstellung aller Obligationen unter ein vorzugsweise auf verkehrsmäßig entstandene Geld- und Sachschulden berechnetes System von Rechtssätzen durchgreifen, zu den am besten gelungenen Teilen des Gesetzbuches rechnen dürfen. Doch fehlt es auch hier nicht an mancherlei sachlichen Mißgriffen.

Zweifelhaft bleibt von vornherein, wie der Entwurf das Verhältnis des Begriffs der Obligation zu dem Begriff des **Vermögensrechts** aufgefaßt wissen will. In § 206 heißt es: „Gegenstand eines Schuldverhältnisses kann ein Thun oder ein Unterlassen des Schuldners (Leistung) sein." Die Motive (II S. 3, 5, 12) führen aus, hiermit sei zwar im übrigen das Wesen der Obligation nicht gesetzlich festgestellt, wohl aber die „wichtige" Entscheidung getroffen, daß zu diesem Wesen „ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers" nicht gehört. Sie fügen jedoch hinzu, es sei trotzdem „der Entwurf nicht soweit gegangen, allgemein auch die Forderung einer Entschädigung wegen eines anderen als eines Vermögensschadens zuzulassen". Vielmehr bleibe, da § 221 einen derartigen Entschädigungsanspruch der Regel nach ausschließe und der Entwurf ihn nur ausnahmsweise bei einigen Deliktsobligationen zulasse, „bei rechtsgeschäftlichen Obligationen der Gläubiger zur Sicherung seines nicht vermögensrechtlichen Interesses auf die Sicherung durch Konventionalstrafe verwiesen". Offenbar wird hier ganz Verschiedenartiges durcheinandergeworfen. Eine Obligation, deren Gegenstand kein „vermögensrechtliches Interesse" hat, ist undenkbar. Allerdings braucht im deutschen und modernen Recht dieses Interesse nicht gerade ein solches „des Gläubigers" zu sein, da bei einem Vertrage

[1]) Vgl. z. B. oben S. 29 ff. u. S. 64; **Bähr** S. 355 ff.; **Laband** S. 167—169, 195—199 (Vorschriften über Unmöglichkeit), 202—203 (§ 266), 207—208 (§§ 290 Abs. 4, 291, 292); **Westrum** S. 335 (§ 207), 239 (§ 255), 245—246 (§§ 315, 319); **L. Goldschmidt** S. 30 ff., 85 ff., 125; **L. Seuffert** S. 2.

zu Gunsten eines Dritten der Promissar völlig uneigennützig verfahren kann. Allein immer muß, damit überhaupt eine Obligation vorliege, die geschuldete Leistung als solche einen Vermögenswert haben. Die Obligation ist eine Species der Gattung „Vermögensrecht". Läßt man dieses Merkmal fallen, so zerfließt ihr Begriff völlig ins unbestimmte. Die Motive betonen selbst, daß auch aus familienrechtlichen Verhältnissen Obligationen entspringen. Wollte man daher zum Begriff der Obligation es für ausreichend halten, daß irgend ein „Thun oder Unterlassen" geschuldet wird, so müßte man auch den Anspruch der Ehegatten auf häusliche Gemeinschaft und auf eheliche Treue oder den Anspruch der Eltern auf Unterlassung einer unbewilligten Eheschließung seitens des Kindes zu den Obligationen rechnen. Ebenso fehlt es, sobald das Erfordernis eines vermögensrechtlichen Inhaltes aufgegeben wird, an jeder Möglichkeit, die Anwendung obligationenrechtlicher Sätze auf die im Körperschaftsrecht und im öffentlichen Recht wurzelnden Verpflichtungen richtig zu begrenzen. Auch aus Rechtsgeschäften aber können Obligationen ohne einen vermögensrechtlichen Kern nicht entspringen. Es kann sich freilich dabei um eine Leistung ohne allgemeinen Vermögenswert oder überhaupt ohne ersichtliches wirtschaftliches Interesse handeln. Allein in solchen Fällen muß, damit eine Obligation zu stande komme, der betreffenden Leistung durch Vereinbarung der Stempel eines konkreten vermögensrechtlichen Interesses aufgeprägt werden. Dies geschieht vielfach schon durch das Versprechen einer vermögensrechtlichen Gegenleistung, indem darin die Anerkennung und Schätzung eines Vermögensinteresses an der Leistung enthalten ist. Im übrigen muß, wie ja die Motive selbst hervorheben, durch Verabredung einer Konventionalstrafe das fehlende Vermögensinteresse erst geschaffen werden. Es ist kaum denkbar, daß der Entwurf diesen festen Boden, auf welchem jede Ordnung des Obligationenrechts fußen muß, verlassen wollte. Wohin sollte es auch führen, wenn wirklich der Begriff des Schuldverhältnisses auf jede Verbindlichkeit zu irgend einem „Thun oder Unterlassen" erstreckt würde! Das Obligationenrecht verschlänge zuletzt alle anderen Rechtsgebiete! Und darüber hinaus müßte jede Verabredung zu einem Spaziergange und jedes Engagement zu einem Tanz als ein „Schuldverhältnis" anerkannt werden! In diesem Punkte also bedarf, wenn die Auslegung der Motive richtig ist, der Entwurf einer Korrektur[1]).

[1]) In wesentlicher Übereinstimmung mit den obigen Bemerkungen stehen

Dagegen ist über die von den Motiven hiermit zusammengeworfene Frage, ob und inwieweit ein Ersatzanspruch wegen eines anderen als eines Vermögensschadens zu gewähren ist, mit einer derartigen Berichtigung in keiner Weise entschieden. Die von der Rechtsordnung zugebilligte Ersatzforderung wegen eines immateriellen Schadens hat ja doch selbst die Leistung einer Geldsumme zum Gegenstand und besitzt somit für den Gläubiger ein eminent „vermögensrechtliches Interesse". Hält man daher auch im Gegensatz zu den Motiven daran fest, daß ein derartiges Interesse zum Wesen der Obligation gehört, so ist hiermit die Anerkennung solcher Entschädigungsansprüche sowenig abgeschnitten, wie die Herleitung vermögensrechtlicher Forderungen aus irgend einem anderen nicht wirtschaftlichen Grunde. Auch der Anspruch auf eine als reine Privatstrafe konstruierte Geldbuße tritt ungeachtet seiner dem Vermögensrecht fremden pönalen Grundlage nicht aus dem Rahmen der Vermögensrechte heraus. Dasselbe gilt von familienrechtlich fundamentierten Unterhaltsansprüchen. Somit beruht es auf einer bedauerlichen Unklarheit, wenn die Motive die Gewährung von Ersatzansprüchen wegen immateriellen Schadens als Konsequenz, die Versagung derselben als Abschwächung des falschen Satzes, daß zum Wesen der Obligation ein vermögensrechtliches Interesse an der Leistung nicht gehöre, darstellen[1]). Vielmehr handelt es sich hier um eine vollkommen selbständige Frage. Dieselbe ist bekanntlich in der französischen Praxis mehr und mehr im Sinne der prinzipiellen Anerkennung eines Entschädigungsanspruches wegen immateriellen Schadens gelöst worden, während sich die deutsche Jurisprudenz im ganzen ablehnend gegen eine derartige Erweiterung der Schadenersatzpflicht verhalten hat. Der Entwurf verordnet in § 221 ausdrücklich: „Wegen eines anderen als eines Vermögensschadens kann eine Entschädigung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen gefordert werden." Als solche Ausnahmefälle behält er die im Strafgesetzbuch und in besonderen Reichsgesetzen geregelten Bußen vor (§ 721) und fügt seinerseits Bestimmungen hinzu, nach denen aus Körperverletzung, Freiheitsentziehung und gewissen Vergehen gegen

die Ausführungen Labands S. 170—175 über die praktische Unbrauchbarkeit des § 206. Gegen § 206 vgl. auch G. Hartmann S. 371—374 (weil damit der Begriff der Obligation aus Rand und Band geht); L. Seuffert S. 4—6 (für Streichung); Fischer S. 79 ff. (gegen die Behandlung der Unterlassung als „Leistung"); Hölder, Vortrag S. 22. — Für § 206 Westrum S. 252.

[1]) Dieselbe Rüge bei Klöppel a. a. O. S. 649.

die weibliche Ehre ein Anspruch auf eine „billige Geldentschädigung" wegen eines anderen als eines Vermögensschadens erwachsen kann (§ 728). Unzweifelhaft entspricht hier überall die Zubilligung eines angemessenen Geldbetrages an den widerrechtlich in seiner Persönlichkeit Geschädigten den Anforderungen unseres Rechtsbewußtseins. Allein es handelt sich dabei nicht um exceptionelle Verhältnisse, sondern um Fälle, in denen ein allgemeines Postulat der Gerechtigkeit in besonders dringender Weise Beachtung heischt. Ein wirklicher Ersatz für die Schädigung eines idealen Gutes läßt sich ja freilich durch eine Geldsumme nicht beschaffen. Immerhin jedoch wird wenigstens insoweit, als dies die Mittel der Privatrechtsordnung zulassen, dem Gekränkten eine Genugthuung zugewandt, in der schon deshalb, weil Geld zugleich den Schlüssel für eine Fülle idealer Genüsse bietet, ein gewisses Äquivalent für zugefügtes Leid enthalten ist. In unserem ursprünglichen deutschen Recht wie im älteren römischen Recht wurde das Bedürfnis, welches hier in Frage steht, durch das System der Privatstrafen gedeckt. Je mehr die Privatstrafe aus dem geltenden Recht verschwindet, desto unentbehrlicher ist die Berücksichtigung des immateriellen Schadens bei der Ordnung der Schadenersatzpflicht. Die Motive rechtfertigen die ablehnende Haltung des Entwurfes ausschließlich mit dem Hinweis auf die Gefahren, welche das souveräne richterliche Ermessen in der Konstatierung und Schätzung nicht wirtschaftlicher Schäden birgt (S. 22). Dieses Bedenken ist sehr ernster Art. Es kann indes einer Anforderung der materiellen Gerechtigkeit gegenüber unmöglich den Ausschlag geben. Auch hat der Entwurf selbst sich über dasselbe in Fällen hinweggesetzt, in denen es nicht minder schwer wiegt. Soweit das Vertrauen, das andere Nationen in diesem Punkte ihrem Richterstande schenken, bei uns nicht angebracht sein sollte, müßte zum Teil durch Aufstellung einer gesetzlichen Richtschnur für die richterliche Maßbestimmung, zum Teil durch prozeßrechtliche Erweiterung der Befugnisse des Revisionsrichters Abhülfe geschaffen werden. Somit sollte der Entwurf jedenfalls das von ihm bei einigen Deliktsobligationen durchgeführte Prinzip auf alle Deliktsobligationen ausdehnen. Auch bei rechtsgeschäftlichen Obligationen aber dürfte er den Anspruch auf Ersatz eines durch Vertragsbruch verursachten immateriellen Schadens nicht völlig abschneiden. Nach § 221 darfausweislich der Motive in Zukunft nicht einmal, wie dies das Preußische Landrecht vorschreibt, im Falle vorsätzlicher Verletzung bei Bemessung des Schadenersatzes das sogenannte

„Affektionsinteresse“ berücksichtigt werden. Wirft also jemand, dem ich ein an sich wertloses Familienbild oder einen Kasten mit Schriftstücken und Reliquien meiner Eltern in Verwahrung gegeben habe, diese Dinge ins Feuer, so habe ich keinerlei Ersatzanspruch. Die Motive trösten damit, daß man sich zur Sicherung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses an der Erfüllung einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit stets eine Konventionalstrafe ausbedingen könne. Es ist dies wiederum eines jener Argumente, denen die Voraussetzung zu Grunde liegt, daß das bürgerliche Recht für lauter geriebene Geschäftsleute bestimmt ist![1]).

Auch abgesehen hiervon geben gerade die Sätze des Entwurfes über Schadenersatz zu den schwersten Bedenken Anlaß. Indem durchweg die Verpflichtung zum Ersatz eines verursachten Schadens nur auf Verschulden gegründet, die Bemessung des Schadenersatzes aber ohne alle Rücksicht auf den Grad des Verschuldens und die sonstigen Umstände des Falles durch eine einförmige mechanische Schablone geregelt wird, ergiebt sich eine der materiellen Gerechtigkeit wenig entsprechende Ordnung. Doch wollen wir hiervon erst bei den Schuldverhältnissen aus unerlaubten Handlungen, wo die Nachteile eines derartigen Systems am schroffsten hervortreten, ausführlicher handeln[2]).

Gegen die Behandlung der alternativen und generischen Obligationen (§§ 207—214) sind grundsätzliche Einwendungen nicht zu erheben[3]). Unzureichend ist die Regelung der Geldschuld (§§ 215 bis 216)[4]). Über Art, Zeit und Ort der Erfüllung bringt der Ent-

[1]) Für den Ersatz des immateriellen Schadens v. Lißt S. 29 ff., Mataja, Arch. f. bürg. Recht Bd. 2 S. 276. Dagegen G. Hartmann S. 363—365, Gebhart S. 256. Zweifelnd L. Seuffert S. 5, 12—13.

[2]) Vgl. Mataja, Das Schadenersatzrecht im Entw., Arch. f. bürg. Recht Bd. 2 S. 267—282. Westrum S. 239—240 (gegen den wie ein roter Faden den Entwurf durchziehenden Grundsatz, daß nur schuldhafte Schadenverursachung haftbar macht). G. Hartmann S. 359—365 (gegen die unbillige Härte der uniformen mathematischen Berechnungsschablone und für eine Vertrauensstellung des Richters). Einzelne Bedenken zu den §§ 218—220 u. 223 bei Bähr S. 349 ff., Laband S. 181—185, L. Seuffert S. 11—14, Gebhart S. 254 bis 256, Westrum S. 235—237, Mataja S. 274—280. — Allgemeiner Billigung erfreut sich § 222, der das Prinzip des Entwurfes insofern durchbricht, als bei konkurrierendem Verschulden des Geschädigten richterliches Ermessen darüber entscheiden soll, ob und in welchem Umfange Schadenersatz zu leisten ist.

[3]) Einzelne Bedenken bei Laband S. 175—180 (zu §§ 213—214), L. Seuffert S. 6—10, Gebhart S. 252—253.

[4]) Vgl. Koch S. 14—19 (er tadelt den Zwang zur Zahlung in Reichs-

wurf eine Reihe annehmbarer Bestimmungen[1]). Dagegen ist die Ordnung des Zurückbehaltungsrechtes (§§ 233—236) mißlungen[2]). Wie wenig die in der Fassung verunglückten Sätze über „Unmöglichkeit der Leistung und Folgen der Nichtleistung" (§§ 237—244) auch inhaltlich befriedigen, ist schon gelegentlich hervorgehoben[3]).

Ungelöst läßt der Entwurf die Streitfrage, „ob eine Abschwächung der Schuldverhältnisse durch Vereinbarung der Haftung des Schuldners nur mit einem Teile seines Vermögens oder mit einzelnen zu demselben gehörigen Sachen wirksam herbeigeführt werden könne" (Motive II S. 2). Hier wäre sicherlich eine gesetzgeberische Entscheidung am Platz gewesen. Übrigens würde aus dem Schweigen des Gesetzbuches wohl die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung zu folgern sein, so daß der deutschrechtliche Gedanke einer lediglich auf ein bestimmtes Haftobjekt angewiesenen oder doch durch Setzung einer Haftgrenze beschränkten Schuld auch außerhalb des Handels- und Seerechts sich ungehindert entfalten könnte[4]).

Eine Reihe anderer gemeinrechtlicher Kontroversen, die sich auf den Inhalt der Schuldverbindlichkeiten beziehen, bringt der Entwurf zu befriedigendem Abschluß. So statuiert er in Ansehung der Erfüllung von Obligationen die Haftung des Schuldners für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und seiner Gehülfen (§ 224)[5]), führt die Regel „dies interpellat pro homine" durch (§ 245) und nimmt Verzug des Schuldners nur im Falle schuldhafter Säumnis (§ 246), Verzug des Gläubigers auch ohne Verschulden an (§ 254)[6]).

---

währung bei einer in ausländischer Währung ausgedrückten Schuld und vermißt Bestimmungen über die Vereinbarung „effektiver" Zahlung in einer Münzsorte sowie über die Zahlung in Papiergeld, Banknoten und Checks); ähnlich Laband S. 180—181, L. Seuffert S. 10—11.

[1]) Vgl. Laband S. 185—186 u. 189—190; L. Seuffert S. 14—16. Überaus eingehend handelt von den Bestimmungen über den Erfüllungsort Reatz, Gutachten S. 507—576; vgl. seine Gegenvorschläge S. 570 ff. Eine einzelne Änderung zu § 230 Abs. 2 Satz 2 schlägt Laband S. 189—190 vor.

[2]) Vgl. die treffende Kritik von Laband S. 190—195 (gegen das Zurückbehaltungsrecht an „Leistungen" und besonders an einer „Unterlassung"); ähnlich L. Seuffert S. 16—17; vgl. auch Hanausek S. 323 Anm. 51, Bekker S. 8; für den Entwurf Gebhart S. 258—259.

[3]) Oben S. 29—30. Vgl. Laband S. 195—199, L. Seuffert S. 17—20, Gebhart S. 259—262, Meischeider S. 41 ff., Bolze, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 99—103.

[4]) L. Seuffert S. 14 meint, man könne aus § 224 das Gegenteil folgern.

[5]) Vgl. Motive S. 29—31. Der Satz wird in allen Beurteilungen mit freudiger Zustimmung begrüßt.

[6]) Im einzelnen vgl. zu den §§ 245—262 Laband S. 200—202, L. Seuf-

In Ansehung der **Zinsen** geht der Entwurf davon aus, daß eine Schuld nur durch Rechtsgeschäft oder besondere gesetzliche Vorschrift verzinslich wird. Die Höhe der Zinsen ist vorbehaltlich des reichsgesetzlichen Wucherverbotes der freien Vereinbarung anheimgegeben; in fast provozierender Weise beginnt der § 358: „Zinsen können zu jeder Höhe durch Vertrag bedungen werden." Der gesetzliche Zinsfuß beträgt fünf Prozent (§ 217)[1]. Die Verzugszinsen werden auch bei einer bis dahin niedriger zu verzinsenden Schuld auf fünf Prozent festgesetzt, während höhere Zinsen fortlaufen und überdies noch neben den Verzugszinsen ein etwaiger höherer Schade zu vergüten ist (§ 248)[2]. Gleich anderen Nebenansprüchen ist der Zinsanspruch und insbesondere auch der Anspruch auf Verzugszinsen formell selbständig und kann für sich eingeklagt werden (Motive S. 17 und 67). Die Vorschrift, daß aufgewachsene Zinsen nicht über den Bestand des Kapitals hinaus gefordert werden können, ist beseitigt. Das Verbot des Zinseszinses ist hinsichtlich der Vereinbarung von Zinsen aus rückständigen Zinsen aufgehoben, während die im voraus getroffene Abrede, daß fällig werdende Zinsen im Falle der Nichtbezahlung wieder Zinsen tragen sollen, für nichtig erklärt wird (§ 358). Verzugszinsen laufen von gesetzlichen Zinsen niemals, von rechtsgeschäftlichen Zinsen dagegen vom Eintritt der Rechtshängigkeit an (§ 249). Unbedingt freigegeben ist die Vorauserhebung von Zinsen durch Abzug vom Kapital (Motive S. 197). Alle diese Rechtssätze stellen in ihrer Gesamtheit ein der Bedrückung des Schuldners nur wenig entgegenwirkendes gemeines Recht dar, das durch die Verweisung des Wucherverbotes in ein Specialgesetz noch an Schärfe gewinnt[3]. Kann man mit Fug bezweifeln, ob nicht in dem einen oder anderen Punkte eine Abschwächung der Gläubigerrechte angemessen gewesen wäre, so wird man unter allen Umständen dagegen protestieren müssen, daß der Entwurf auch eine vom bisherigen Reichsrecht selbst errichtete Schutzwehr gegen Schuldbruck niederreißen will. Die in § 2 des Reichsgesetzes vom 14. November 1867 dem Schuldner eingeräumte, durch Rechtsgeschäft unab-

---

fert S. 20—23, Gebhart S. 262—268; über den Verzug des Schuldners auch Meischeider S. 54—59.

[1] Dieser Satz ist augenblicklich zweifellos zu hoch gegriffen. Abänderungsvorschläge bei Koch S. 19—20, Poland zu § 217, Neumann, Beitr. z. Erläut. des deut. R. Bd. 32 S. 682; L. Seuffert S. 11.

[2] Hiergegen Bähr S. 352. Für den Entwurf Koch S. 20—21.

[3] Vgl. Bähr S. 567, G. Hartmann S. 353—357.

änderliche Befugnis, eine Schuld, für die er mehr als sechs Prozent Zinsen gewährt oder zusagt, nach Ablauf eines halben Jahres halbjährig zu kündigen, soll in Wegfall kommen (Motive S. 196). Und warum? Weil in einigen Staaten kraft reichsgesetzlicher Zulassung abweichendes Landesrecht in Kraft geblieben ist und es weder „angängig" sei, auch hier das Reichsrecht einzuführen, noch „angemessen", im Gesetzbuch den Vorbehalt zu Gunsten des Landesrechts in einer sowenig landschaftlich gefärbten Frage zu erneuern! Rein formelle Erwägungen und die Abneigung vor einem bloß subsidiären gemeinen Recht sollen uns also wieder einen gesunden Satz des geltenden Reichsrechts kosten! Schwerlich wird heute ein deutscher Staat in diesem Punkte auf den Fortbestand seines abweichenden Rechts Gewicht legen. Scheut man sich aber durchzugreifen, so nehme man getrost den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung auf und warte ab, ob davon Gebrauch gemacht wird. Die Motive werden aber doch auch einen sachlichen Grund gegen die Beibehaltung des Reichsrechts anführen? Gewiß! „Wohlthätige Wirkungen der Bestimmung sind nicht bekannt; dieselbe hat vielmehr ihren Zweck im wesentlichen verfehlt": so lauten die zwei Zeilen, mit denen ohne jede nähere Nachweisung oder Erläuterung die wohlerwogene Einschränkung der Zinsfreiheit abgefertigt wird. Eine solche nackte Behauptung ist wertlos. Wäre sie aber selbst begründet, so würde sie immer noch nicht ausreichen, um die Abschaffung des bestehenden Reichsrechts zu rechtfertigen. Dazu bedürfte es vielmehr der Feststellung nachteiliger Wirkungen der angegriffenen Bestimmung. Hat dieselbe wirklich bisher keinen erheblichen Nutzen gestiftet, so liegt doch die Erwägung nahe, daß in einer Periode eines außerordentlich niedrigen Zinsfußes die Gelegenheit zu ihrer Anwendung nur selten geboten sein konnte. Unser bürgerliches Gesetzbuch aber, das mit einer fernen Zukunft zu rechnen hat, muß doch auch die Möglichkeit eines erneuten Steigens des Zinsfußes ins Auge fassen.

Bleibt dem Zinswucher gegenüber wenigstens das Reichswuchergesetz in Kraft, so werden alle anderen Formen des Wuchers von den sie bisher noch einengenden Schranken befreit, ohne daß dafür ein Ersatz geschaffen würde. Nun sind ja freilich die festen Maßbestimmungen, durch welche das ältere Recht den Mißbräuchen der Vertragsfreiheit entgegenzuwirken suchte, für die Gegenwart größtenteils unbrauchbar. Allein um so dringender bedürfen wir eines allgemeinen Rechtssatzes, welcher das Wucherverbot auf wucherliche Ausbeutung des Schuldners in jederlei Gestalt erstreckt. Das Ver-

trauen, welches man bei Erlaß des Wuchergesetzes dem deutschen Richterstande geschenkt hat, würde sich auch hier bewähren[1]).

Bedenklich ist auch die vollständige Abschaffung des beneficium competentiae (Motive II S. 33—34). Selbst der Schenker soll in Zukunft nicht mehr fordern dürfen, daß der Beschenkte ihm die Lebensnotdurft lasse (a. a. O. S. 298). Und nicht einmal im Verhältnis der nächsten Angehörigen zueinander wird dieser Radikalismus des Gläubigerrechts gemildert[2]).

Was das Erlöschen der Schuldverhältnisse betrifft[3]), so haben wir von den Vorschriften über Hinterlegung schon gesprochen[4]). Die Aufrechnung, die der Entwurf mit Recht gegen unpfändbare Forderungen ausschließt (§ 288), soll nur kraft einer darauf gerichteten Willenserklärung eintreten, dann aber die beiderseitigen Forderungen von Rechts wegen tilgen (§§ 282—283)[5]). Äußerst bedenklich ist die schon erwähnte Regelung des Erlasses im Sinne eines formlosen abstrakten Vertrages, der unabhängig von jedem Rechtsgrunde die Forderung tilgt, und die vollkommene Gleichstellung des vertragsmäßigen Anerkenntnisses des Nichtbestandes einer Schuld mit dem Erlaßvertrage (§ 290)[6]).

---

[1]) Einen derartigen Vorschlag macht G. Hartmann S. 356. Der Entwurf beseitigt die lex Anastasiana, die Anfechtung wegen laesio enormis, die Beschränkungen des Verkaufes der Früchte auf dem Halm, den Zinsnachlaß wegen Mißwachses bei der Pacht, jede Beschränkung der Höhe der Konventionalstrafe u. s. w., ohne seinerseits dem Cessionsunwesen, dem Mißbrauch der Viehleihe, dem Mietswucher, den Abzahlungsgeschäften und Mobilienleihverträgen irgend eine Schutzmaßregel entgegenzusetzen.

[2]) Vgl. gegen diesen lediglich von dem Formalismus der Begriffsjurisprudenz verschuldeten Mißgriff auch G. Hartmann S. 365—368. A. M. L. Seuffert S. 14.

[3]) Vgl. Laband S. 202 ff.; L. Seuffert S. 23 ff.; Gebhart S. 268 ff.; auch Koch S. 21 ff. — Daß die §§ 291 u. 292 überflüssig sind, bemerken mit Recht Laband S. 207—208 u. L. Seuffert S. 25. — Die Nichterwähnung der Novation ist zu billigen, jedoch die beiläufige Behandlung eines Falles derselben in § 264 Abs. 2—3 unangemessen; Bähr S. 353, L. Seuffert S. 24—25.

[4]) Vgl. oben S. 64. Gelobt werden die §§ 272—280 von Laband S. 203 bis 205, L. Seuffert S. 26. Vgl. aber Bähr S. 355—357. Über einzelnes Gebhart S. 271—273, Koch S. 25—26.

[5]) Zu den §§ 281—289 im wesentlichen zustimmend Laband S. 205, L. Seuffert S. 26—28. Dagegen wünschen Westrum S. 240—244 u. Gebhart S. 273—276 Eintritt der Kompensation ipso jure.

[6]) Vgl. Bähr S. 357 ff. (der wenigstens schriftliche Form als Voraussetzung der abstrakten Wirkung fordert, im übrigen natürlich den aus seiner Lehre stammenden negativen Anerkennungsvertrag billigt, jedoch die ausdrückliche Unter-

Dem ganzen Gedankensystem des Entwurfes entspricht es, daß er den Begriff einer **natürlichen Verbindlichkeit** grundsätzlich verwirft. Doch sieht er sich gleichwohl gezwungen, thatsächlich eine Anzahl von Naturalobligationen anzuerkennen[1]).

In dem Titel über „**Sondernachfolge in Forderung und Schuld**" stellt sich der Entwurf, wie schon diese Überschrift ausdrückt, vollkommen auf den Standpunkt des deutschen und modernen Rechts. Er kennt also im Gegensatz zum römischen Recht eine Forderungsübertragung und eine Schuldübernahme, wobei die Person des Gläubigers oder Schuldners wechselt, die Forderung oder Schuld aber dieselbe bleibt. Hierin liegt im Grunde ein Bruch mit dem von den Motiven verkündeten Dogma, welches die Wesenheit der Obligation ausschließlich in das persönliche Band verlegt. Denn wenn nicht der Leistungsgegenstand als das für das Wesen der Obligation zugleich bestimmende entferntere Objekt der Forderung oder Schuld erschiene, so könnte dieselbe nicht dergestalt gegenständlich gedacht (die Motive S. 122 sagen „gleichsam versachenrechtlicht") werden, daß sie sich ohne Bestandsveränderung von ihrem Subjekte lösen läßt. Auch bliebe unerklärt, warum die Übertragbarkeit durch die Beschaffenheit der geschuldeten Leistung bedingt wird. Es wäre indes zu wünschen, daß der Entwurf recht oft solche Inkonsequenzen beginge!

Die **Übertragung einer Forderung**[2]) kann dem Entwurf zufolge durch gesetzliche Vorschrift, gerichtliche Anordnung oder Vertrag vollzogen werden. Die vertragsmäßige Übertragung (Cession) heißt „Abtretung" und ist als abstrakter Vertrag konstruiert, welcher

---

stellung der Quittung unter den Begriff desselben vermißt); **Westrum** S. 244 bis 245 (der die Gleichstellung des Anerkenntnisses mit dem Erlaß verwirft); **L. Seuffert** S. 28—31 (der den abstrakten Erlaßvertrag ganz streichen und die Quittung bei der Bedeutung des Beweismittels festhalten will); **Strohal** S. 397, 399 u. 414 (der regelmäßig einen die Einigung über einen Rechtsgrund enthaltenden Vertrag fordern und nur ausnahmsweise einen abstrakten Erlaßvertrag in besonderer Form zulassen, dann aber statt bloßer Kondiktion eine in rem gehende Anfechtung gewähren will). — Für den Entwurf **Gebhart** S. 276 bis 277, **Laband** S. 206—207.

[1]) Gegen dieses Verfahren **Bekker** S. 34—35, **Schilling** S. 69, **Hanausek** S. 318. — Für den Entwurf **Gebhart** S. 251—252.

[2]) Eine nur in Einzelheiten Verbesserungsvorschläge bringende Besprechung der §§ 293—313 hat **Martinius**, Gutachten S. 53—72, geliefert. Andere Verbesserungsvorschläge bei **Bähr** S. 362 ff., **L. Seuffert** S. 31—37.

(von Hypothekenforderungen abgesehen) einer Form nicht bedarf[1]). Im Zweifel ist jede Forderung ohne Einwilligung des Schuldners übertragbar. Die Übertragbarkeit kann durch Rechtsgeschäft nicht mit Wirksamkeit gegen Dritte ausgeschlossen werden. Unübertragbar sind jedoch die vermöge ihrer Beschaffenheit an die Person des Gläubigers gebundenen und die unpfändbaren Forderungen. Umgekehrt sind unübertragbare Forderungen im Zweifel auch unpfändbar. Durch die Übertragung vollzieht sich der Übergang der Forderung, ohne daß es hierzu erst der Anzeige an den Schuldner bedürfte. Doch werden ausreichende Bestimmungen zum Schutz des gutgläubigen Schuldners getroffen (§§ 303—305). Auch wird die Anzeige als besonderes Rechtsgeschäft mit selbständigen Wirkungen zwischen Gläubiger und Schuldner ausgestattet (§ 306, dazu §§ 308—309). Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die lediglich gegen die Person des bisherigen Gläubigers gerichteten Einreden nicht entgegensetzen (§ 302), wohl aber mit einer Gegenforderung aufrechnen, die ihm gegen den bisherigen Gläubiger schon zustand, bevor er von der Übertragung Kenntnis hatte (§ 303). Aus vertragsmäßiger Abtretung haftet der Cedent dem Cessionar im Zweifel nur für den rechtlichen Bestand der Forderung; dabei sollen die allgemeinen Regeln über Gewährleistung eines veräußerten Rechtes Platz greifen (§ 298). Mit Bähr (a. a. O. S. 363) wird man bedauern, daß die Bestimmung des französischen und schweizerischen Rechts, nach welcher der Cedent für den Bestand der Forderung im Zweifel nur auf Höhe des empfangenen Gegenwertes haftet, verworfen ist (Motive S. 216). Wird der Entwurf in diesem Punkte nicht ergänzt, so würde dies nur dem Wucher zu gute kommen. Nach § 312 sollen die Regeln über die Übertragung von Forderungen auch auf andere veräußerliche Rechte im Zweifel Anwendung finden. Bedenklich ist der Zusatz, daß Gleiches hinsichtlich der Regeln über die Zulässigkeit der Pfändung gelten und sogar „ein nicht übertragbares Recht in-

---

[1]) Strohal S. 397, 399 u. 412—414 will auch hier der Regel nach einen konkretisierten Vertrag und bei Vorhandensein eines Legitimationspapieres (z. B. Leihhausscheine, Sparkassenbuch) überdies dessen Übergabe fordern, die abstrakte Cession ausnahmsweise in urkundlicher Form zulassen, dann aber nicht bloß eine Kondiktion, sondern eine Anfechtungsklage gewähren. — Gebhart S. 278—285 will die Wirksamkeit der Abtretung von der Anzeige abhängig machen. — Kausen, Gutachten S. 849—857, tritt nachdrücklich für das Erfordernis einer Form zur Wirksamkeit der Cession gegen Dritte ein; er wünscht die Verallgemeinerung der Ausnahmebestimmung des § 311.

soweit, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann", mangels gegenteiliger Gesetzesbestimmung stets der Pfändung unterliegen soll. Hiernach würde z. B. das Urheberrecht in jedem Stadium seiner Entwickelung pfändbar sein, so daß auch die Veröffentlichung eines beim Schuldner vorgefundenen Manuskripts oder die Veranstaltung einer zweiten Auflage im Wege der Zwangsvollstreckung angeordnet werden könnte[1]). Schließlich wird durch § 313 im Falle der Übertragung des ganzen Vermögens oder einer Erbschaft dem generellen Veräußerungsakte die Kraft beigelegt, zugleich den Übergang der zu dem Vermögen oder der Erbschaft gehörigen bekannten und unbekannten Rechte insoweit zu bewirken, als zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt. Die sehr schwerfällig gefaßte Vorschrift gehört zu den im Entwurf zerstreuten Sätzen, welche indirekt den Gedanken der selbständigen Rechtsobjektivität eines Vermögensganzen zur Geltung bringen. Sie würde eine einfachere Gestalt und eine angemessenere Stellung empfangen haben, wenn der Entwurf sich entschlossen hätte, Vermögensinbegriffe ausdrücklich als objektive Einheiten anzuerkennen und die ein Vermögen im ganzen betreffenden Rechtsverhältnisse im Zusammenhange zu normieren.

Am weitesten vom römischen Recht entfernt der Entwurf sich in der Lehre von der Schuldübernahme. Wir wollen die Bestimmungen des Entwurfes über diesen Gegenstand und insbesondere die Begründung derselben in den Motiven nicht durchweg gegen die sehr abfällige Kritik in Schutz nehmen, die Bähr und L. Seuffert gegen sie gerichtet haben[2]). Allein in der prinzipiellen Frage, ob es überhaupt eine Sondernachfolge in die Schuld geben kann und soll, treten wir entschieden auf die Seite des Entwurfes[3]). Wenn Bähr darin einen „juristisch unmöglichen Gedanken" erblickt, so bleibt er hier in romanistischer Vorstellungsweise befangen. Warum soll denn die Sondernachfolge in eine Schuld weniger denkbar sein als die Succession in dieselbe kraft Gesamtnachfolge? Die Möglichkeit der

[1]) Gerade mit dem Urheberrecht und verwandten Persönlichkeitsrechten exemplifizieren die Motive (S. 141). Es rächt sich hier die oben S. 88 und S. 107 gerügte Unterlassung.

[2]) Bähr S. 364—374; L. Seuffert S. 37—50.

[3]) Ebenso Gebhart S. 285—289, Martinius, Gutachten S. 603—618, besonders aber Unger, Schuldübernahme, Wien 1889, S. 25 Anm. 30. Der letztere wünscht jedoch daneben die Anerkennung der Schuldübernahme durch Novation.

Übertragung einer Schuld unter Lebenden ist im deutschen Recht angelegt und entspricht den Anschauungen wie den Bedürfnissen unseres Rechtslebens. Natürlich sind auch hier durch die Beschaffenheit der Leistung Grenzen der Übertragbarkeit gezogen (Motive S. 146). Soweit aber eine Schuld vermöge der Natur ihres Leistungsgegenstandes als eine unabhängig von der Person des jeweiligen Schuldners in bestimmter Weise wirkende vermögensrechtliche Last (ein sogenanntes „Passivum") vorgestellt werden kann, ist sie auch ohne Veränderung ihres Wesensbestandes übertragbar. Der Entwurf unterscheidet also mit Recht von der bloßen „Erfüllungsübernahme", durch welche sich jemand einem Schuldner zur Bewirkung der Leistung an den Gläubiger verpflichtet (§ 318 Abs. 1), die auf den Ersatz des bisherigen Schuldners durch einen neuen Schuldner gerichtete echte „Schuldübernahme", welche nicht bloß durch Vertrag des Gläubigers mit dem Schuldübernehmer (Expromission) (§ 314), sondern auch durch Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner (§ 315) zu stande kommen kann. Bedenklich ist nur die vom Entwurf beliebte nähere Ausgestaltung des rechtlichen Vorganges im Falle des eigentlichen Schuldübernahmevertrages. Hier soll der Schuldübergang als solcher sich schon durch den Vertragsschluß zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Schuldübernehmer vollziehen, während die Wirkungen für und gegen den Gläubiger erst mit dessen Genehmigung eintreten. Offenbar entsteht so in der Zwischenzeit ein unklarer und praktisch unhaltbarer Zustand: der alte Schuldner ist nicht mehr Schuldner und hat doch noch einen Gläubiger, der Schuldübernehmer ist ein Schuldner ohne Gläubiger! Dabei kann nach der eigenen Anordnung des Entwurfes der Schuldübergang bis zur Genehmigung des Gläubigers durch Vereinbarung wieder rückgängig gemacht werden und wird doch sicherlich auch dann hinfällig, wenn der Gläubiger die Genehmigung ausdrücklich oder durch Nichterklärung in einer ihm gesetzten Frist verweigert. Wozu also diese Fiktion, als sei die Übertragung der Schuld schon vollendet, bevor der Gläubiger den neuen Schuldner gewonnen und den alten entlassen hat? Die Motive scheinen sie für notwendig zu halten, um die dem Schuldübernehmer auferlegte Verpflichtung „zur Verschaffung der Genehmigung des Gläubigers" zu begründen. Allein diese Verpflichtung läßt sich schon aus dem Inhalt der vertragsmäßigen Abmachung herleiten und unterscheidet sich ihrer Grundlage nach nicht von der mit bloßer „Erfüllungsübernahme" eingegangenen Verbindlichkeit. Im übrigen würde die Konstruktion des Entwurfes nur

dazu dienen, schiefe und unbillige Ergebnisse zu Tage zu fördern[1]). Dem wahren Sachverhalt entspricht allein die Behandlung des Schuldübernahmevertrages als eines erst zusammen mit einer Thätigkeit des Gläubigers den Schuldübergang bewirkenden Rechtsgeschäftes[2]). Wenn die Motive im Gegensatz hierzu den Schuldübernahmevertrag als einen für sich wirksamen „Veräußerungsvertrag, sogenannten dinglichen Vertrag" bezeichnen, neben welchem dann die Genehmigung des Gläubigers ein „einseitiges selbständiges Rechtsgeschäft" darstellen soll, so ist dies im Ausdruck wie im Gedanken verfehlt. Durch diese sonderbare Konstruktion wird gleichzeitig das Verhältnis des Schuldübernahmevertrages zu der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter verschoben. Die Motive erklären jede Anknüpfung an diese Lehre hier für ausgeschlossen, weil eine „Begünstigung" des Gläubigers gar nicht beabsichtigt, diesem vielmehr behufs Erlangung eines Rechtes gegen den neuen Schuldner eine eigene Handlung und die Aufgabe seiner Rechte gegen den alten Schuldner angesonnen werde. Der Begriff des Vertrages zu Gunsten eines Dritten fordert aber keineswegs die Zuwendung eines Vorteils, sondern lediglich die Ausbedingung eines Rechtes für den Dritten; er wird mithin auch dadurch nicht hinfällig, daß das für den Dritten hingestellte Recht bedingt oder mit Verbindlichkeiten gemischt ist. Ebenso verkehrt ist die Ausführung der Motive, daß die Regelung nach Maßgabe der Grundsätze über Verträge zu Gunsten Dritter dahin führen müsse, das Recht des Gläubigers gegen den neuen Schuldner als ein vom bisherigen Gläubigerrecht „objektiv verschiedenes" Recht zu betrachten. Was für den Gläubiger begründet werden soll, ist eben nicht das Recht auf Erwerb einer neuen Forderung, sondern das Recht, in das alte Schuldverhältnis unter Entlassung des bisherigen Schuldners einen neuen Schuldner einzusetzen. Der Entwurf hätte also getrost die Regeln über Verträge zu Gunsten Dritter heranziehen können[3]). Statt dessen knüpft er in ebenso gesuchter wie schiefer Weise an die Regeln über die Konvalescenz der Abtretung einer fremden Forderung durch nachträgliche Gutheißung des wirklichen Gläubigers (§ 310) an. Als wenn der Schuldübernahmevertrag eine an sich unbefugte Disposition über fremdes Gut wäre und nun einer Heilung dieses Mangels bedürfte! Die Mitwirkung des

[1]) So z. B. in dem von Bähr S. 373 unter 5 konstruierten Fall.
[2]) Einverstanden Unger S. 28.
[3]) Ebenso Martinius S. 606 ff. — A. M. Unger S. 28.

Gläubigers wird daher als „Genehmigung" bezeichnet und behandelt, wobei die Hauptsache gar nicht zum Ausdruck kommt. Denn daß in der Genehmigung zugleich die Entlassung des bisherigen Schuldners stecken soll, muß erst durch Interpretation gefunden werden. Warum bleibt man nicht bei dem klaren und einfachen Satze stehen, daß es zur Befreiung des bisherigen Schuldners einer Entlassung durch den Gläubiger bedarf, diese Entlassung aber, soweit nicht eine gegenteilige Parteiabsicht erhellt, die Voraussetzung für den Erwerb des Gläubigerrechts gegen den Schuldübernehmer bildet? Wenn ferner der Entwurf „das Recht des Gläubigers zur Erteilung der Genehmigung" in allen Fällen davon abhängig macht, daß ihm der eine oder andere Vertragschließende von dem Vertrage Mitteilung gemacht hat, so kann auch diese Bestimmung nicht als eine allgemein zutreffende Lösung der Frage nach dem Zugriffsrecht und insbesondere dem Klagerecht des Gläubigers gegen den Schuldübernehmer betrachtet werden. Einige besondere Regeln stellt der Entwurf für den praktisch so überaus wichtigen Fall der Übernahme von Schulden in Anrechnung auf den Kaufpreis auf (§ 318 Abs. 2). Während sonst für bloße „Erfüllungsnahme" vermutet wird, soll hier für echte „Schuldübernahme" vermutet werden; doch soll der Schuldübernehmer hier nicht für Beschaffung der Genehmigung des Gläubigers, sondern nur dafür haften, daß der Verkäufer von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird. Die Vorschrift des § 41 des preuß. Ges. vom 5. Mai 1872 und verwandte neuere Gesetzesbestimmungen, welche bei der Übernahme von Hypotheken auf den Kaufpreis eines Grundstücks die Befreiung des Veräußerers von der persönlichen Schuld zu erleichtern und zu beschleunigen suchen, sollen in Wegfall kommen. Die von den Motiven hierfür beigebrachten Gründe (S. 149—150) besitzen geringe Überzeugungskraft und verraten wenig Verständnis für den gesunden wirtschaftlichen Gedanken, dem solche Bestimmungen entsprungen sind. Jedenfalls würde gerade bei diesen häufigsten und wichtigsten Fällen der Schuldübernahme die Anwendung der im Entwurf aufgestellten Theorie des rechtlichen Vorganges um so mißlichere und unsicherere Ergebnisse liefern, je mehr die Sätze des Entwurfes dazu angethan sind, hier eine lange Dauer des Schwebezustandes zu befördern [1]. Schließlich werden auch hier durch

[1] Gegen § 318 Abs. 2 Satz 2 vgl. auch Gebhart S. 288, L. Seuffert S. 47—49, Martinius S. 610 ff., Unger S. 28 Anm. 40, S. 30 Anm. 47 u. S. 32 Anm. 57. Für den Entwurf Krech S. 141—142. Ganz abweichend Opitz S. 42.

§ 319 die Verhältnisse im Falle der Übernahme des ganzen Vermögens oder eines Bruchteils desselben geregelt[1]). Abweichend von den hinsichtlich des Überganges der Aktiva durchgeführten Grundsätzen wird hier eine vertragsmäßig unabänderliche Gesamtnachfolge in alle Passiva statuiert, kraft welcher der Vermögensübernehmer vom Augenblicke des Vertragsschlusses an für alle zu dieser Zeit vorhandenen Schulden haftet. Der Gläubiger erlangt also sofort mit dem Vertragsschluß ein unmittelbares Zugriffsrecht gegen den Übernehmer. Daneben aber bleibt ihm der bisherige Schuldner verhaftet, so daß hier sein Recht gegen den Schuldnachfolger niemals durch Entlassung des alten Schuldners bedingt ist. Doch ist die Haftung des Übernehmers hier auf den Wert des Aktivvermögens beschränkt und mindert sich überdies um den Betrag eines ohne sein Verschulden zwischen dem Vertragsschluß und der wirklichen Ausfolgung des Vermögens eingetretenen Verlustes. Hinsichtlich der Übernahme eines Sondervermögens mit den dazu gehörigen Schulden stellt der Entwurf Regeln nicht auf, da ihm der Begriff des Sondervermögens überhaupt fremd ist. So bleibt insbesondere, wie alles bäuerliche Recht, auch die Schuldübernahme bei Gutsüberlassungsverträgen unbeachtet. Gleiches gilt von der Sondernachfolge in Lehns- und Fideikommißschulden.

In dem Titel über „Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern"[2]) kehrt der Entwurf zum romanistischen Gedankenkreise zurück. Er kennt lediglich die beiden individualistischen Prinzipien der anteiligen und der solidarischen Berechtigung oder Verpflichtung, während er das deutschrechtliche Prinzip der gesamten Hand nirgends verwertet und nur halb wider Willen dem Gedanken der Gläubiger- oder Schuldnergemeinschaft einige Zugeständnisse macht. Als Regel soll die Geteiltheit gemeinschaftlicher Forderungen und Schulden gelten (§ 320)[3]). Diese Regel fällt natürlich fort, wenn die geschuldete

[1]) Zu § 319 vgl. Gebhart S. 288—289, Martinius S. 617—618, L. Seuffert S. 50.

[2]) Vgl. Westrum S. 246—250, Gebhart S. 289—294, G. Hartmann S. 392—399, L. Seuffert S. 50—55. Vgl. auch L. Goldschmidt S. 125 bis 126.

[3]) Die Motive II S. 153 meinen, diese Regel entspreche nicht bloß dem römischen, sondern auch dem älteren deutschen Recht. So sagt allerdings Stobbe § 176. Doch ist diese Behauptung schwerlich haltbar. Näher können wir hier auf diese Frage nicht eingehen.

Leistung unteilbar ist (§§ 339—340), greift aber auch hier sofort wiederum Platz, wenn an die Stelle der unteilbaren Leistung eine teilbare Leistung, insbesondere Werterſatz oder Schadenersatz, tritt (§ 341). Somit wird zunächst im Falle einer Mehrheit von Gläubigern die entgegengesetzte Bestimmung des Preußischen Landrechts beseitigt, nach welcher im Zweifel die mehreren Gläubiger die Forderung nur gemeinschaftlich geltend machen können. Nur bei einer unteilbaren Leistung verlangt auch der Entwurf die Leistung an alle Gläubiger gemeinschaftlich, giebt jedoch jedem Gläubiger das Recht, diese Leistung an alle zu fordern (§ 339). An sich ist die Regel des Preußischen Landrechts in der Natur der Sache begründet: wenn mehreren zusammen etwas geschuldet wird, so folgt daraus keineswegs ohne weiteres das Recht eines jeden, einen Teil für sich zu begehren. Die praktischen Mißstände, welche diese Regel hervorgebracht hat, sind nicht durch die Annahme einer Gläubigergemeinschaft, sondern durch die Unterlassung jeder gesetzlichen Organisation dieser Gemeinschaft verschuldet[1]. Sie würden in der Hauptsache schon verschwinden, wenn allgemein nach dem bei Forderungen auf unteilbare Leistungen vom Entwurf gegebenen Vorbilde bestimmt würde, daß im Zweifel jeder Mitgläubiger in Vertretung der Gemeinschaft die Leistung an alle fordern kann. Ebenso wird im Falle einer Mehrheit von Schuldnern die landrechtliche Vermutung für ein Gesamtschuldverhältnis, die bekanntlich bei handelsgeschäftlichen Verbindlichkeiten gemeines deutsches Recht ist, vom Entwurfe abgelehnt. Auch hier entspricht den deutschen Anschauungen und unserem Verkehrsleben die Regel des Preußischen Landrechts besser als die des Entwurfes[2]. Schulden mehrere zusammen eine Leistung, so sind sie eben, falls die Annahme einer Zerlegung der Schuld in getrennte Teilschulden nicht besonders begründet ist, nicht ein jeder für sich zur Leistung eines Teiles, sondern alle in Gemeinschaft zur Leistung des Ganzen verpflichtet. Allerdings jedoch folgt hieraus noch nicht die unmittelbare und prinzipielle Haftung eines jeden für das Ganze Vielmehr ergiebt sich zunächst nur ein Anspruch gegen alle insgesamt, während die Haftung des Einzelnen als Mitträgers der Schuldnergemeinschaft verschieden ausgestaltet sein kann. Das ältere deutsche Recht hat namentlich zwei Typen der einfachen Verbindlichkeit zur

[1] Dies übersieht wieder L. Seuffert S. 51. — Gebhart will sogar in dem Falle des § 339 die Gläubigergemeinschaft streichen und jedem Gläubiger das Forderungsrecht für sich gewähren.

[2] Vgl. auch L. Seuffert S. 51—52.

gesamten Hand ausgebildet, indem es die in die Schuldnergemeinschaft verstrickten Einzelnen entweder zunächst nur anteilig und erst dahinter in Höhe des Ausfalles auf das Ganze oder aber vorbehaltlich gegenseitiger Ausgleichungsansprüche von vornherein auf das Ganze haften ließ. Es spricht manches dafür, die schwächere dieser Haftungsformen zu der in Ermangelung anderer Abrede oder Gesetzesvorschrift eintretenden Regel zu erheben, wie dies das Zürcher Gesetzbuch (§ 936 vgl. mit § 935 und 948) that. Der Entwurf aber kennt eine so gestaltete Gesamtschuld überhaupt nicht und erwähnt sie auch nicht als ein durch Vertrag herstellbares Verhältnis. Vielmehr führt er bei jeder Schuldnermehrheit, sobald die Annahme getrennter Teilschulden ausgeschlossen ist, die prinzipale Haftung der Einzelnen für das Ganze durch. Auf diese Weise vermeidet er hier selbst das geringste Zugeständnis an den Gedanken der gesamten Hand. Hier findet auch die bei Unteilbarkeit der Leistung hinsichtlich der Gläubigermehrheit gemachte Ausnahme kein Abbild. Denn sobald mehrere Schuldner zu einer unteilbaren Leistung verpflichtet sind, sollen sie auch dann, wenn sie an sich nur anteilig verpflichtet wären, nicht bloß gemeinschaftlich, sondern ein jeder für sich das Ganze zu leisten haben (§ 340). Das Schuldverhältnis aber, bei welchem von mehreren Gläubigern ein jeder auf das Ganze berechtigt oder von mehreren Schuldnern ein jeder auf das Ganze verpflichtet ist, konstruiert der Entwurf, obwohl er es technisch „Gesamtschuldverhältnis" nennt, streng individualistisch (§§ 321—338). Nach dem Vorgange anderer Gesetzbücher nimmt er den römischen Unterschied zwischen „Korrealobligation" und „Solidarobligation" nicht auf[1], kennt vielmehr nur ein einheitlich gestaltetes Verhältnis, welches sowohl in den Fällen gesetzlich angeordneter Gesamtgläubigerschaft oder Gesamtschuldnerschaft (namentlich bei jeder gemeinschaftlichen Haftung aus Delikt) eintritt, als auch bei jeder rechtsgeschäftlichen Begründung einer Samtobligation als gewollt gilt. Bei der Regelung dieses Gesamtschuldverhältnisses läßt er die Frage der Einheit oder Mehrheit der Obligation ungelöst, lehnt aber unbedingt die deutschrechtliche Vorstellung ab, welche die Subjekte selbst als verbunden setzt und daher die Gläubiger oder Schuldner in ihrer Zusammenfassung zu einer Gemeinschaft als berechtigt oder verpflichtet ansieht. Vielmehr behandelt er beim aktiven Gesamtschuldverhältnis die einzelnen Forderungs-

[1]) Dies bedauert G. Hartmann S. 396 ff.; vgl. aber L. Seuffert S. 52.

verhältnisse auf die ganze Leistung und beim passiven Gesamtschuldverhältnis die einzelnen Verbindlichkeiten zu der ganzen Leistung als vollkommen getrennte und voneinander unabhängige Rechtsbeziehungen unverbundener Subjekte zu dem gegenüberstehenden Schuldner oder Gläubiger. Demgemäß führt er im einzelnen soweit irgend möglich das Prinzip durch, daß die Thatsachen und Vorgänge, welche das Recht eines Gesamtgläubigers oder die Pflicht eines Gesamtschuldners verändern oder aufheben, auf die Rechte und Pflichten der übrigen Beteiligten keinen Einfluß haben. Nur die Erfüllung an einen Gesamtgläubiger oder von einem Gesamtschuldner und die der Erfüllung gleichstehenden Handlungen läßt er gegen die übrigen Gesamtgläubiger oder für die übrigen Gesamtschuldner wirken[1]. Bei einer derartigen Grundauffassung hätte er konsequenterweise auch im Verhältnis der Gesamtgläubiger oder Gesamtschuldner zueinander aus dem Gesamtschuldverhältnis als solchem irgend eine Gemeinschaft nicht entspringen lassen dürfen. In diesem Punkte aber verläßt er den römischrechtlichen Standpunkt und statuiert im Einklang mit dem deutschen Recht nach innen im Zweifel eine Berechtigung oder Verpflichtung zu gleichen Anteilen und eine entsprechende gegenseitige Ausgleichungspflicht. Die Motive heben die „theoretischen" Bedenken gegen diese Bestimmung hervor, entschuldigen dieselben aber mit „praktischen Erwägungen" (II S. 169). Vom deutschen Recht, aus dessen Auffassung der Gesamtschuldverhältnisse sich eine innere Gemeinschaft der Gesamtgläubiger oder Gesamtschuldner notwendig ergiebt, ist auch hier mit keinem Worte die Rede. Ausnahmsweise versagt der Entwurf bei Gesamtverbindlichkeiten auf Schadenersatz aus einer widerrechtlichen Handlung demjenigen Gesamtschuldner, welcher vorsätzlich gehandelt hat, jeden Ersatzanspruch gegen die übrigen Gesamtschuldner (§ 338). Diese Ausnahme, die zu großen Unbilligkeiten führen kann, ist kaum zu rechtfertigen. Will man sie nicht einfach streichen, so bleibt doch zu erwägen, ob man nicht mindestens mit dem schweizerischen Obligationenrecht Art. 60 dem Richter die Befugnis gewähren sollte, in den dazu geeigneten Fällen dem Verurteilten einen Rückgriff gegen die Mitschuldigen vorzubehalten[2].

[1] Die schablonenhafte Ineinanderschachtelung aktiver und passiver Korrealität hat hier zu einzelnen durchaus unangemessenen und unbilligen Sätzen geführt; vgl. G. Hartmann S. 393 ff., Westrum S. 246—250; gegen § 323 Gebhart S. 289, dafür trotz mancher Bedenken L. Seuffert S. 52.

[2] Für Streichung der Ausnahme des § 338 auch L. Seuffert S. 53—54. A. M. Gebhart S. 292.

Den zweiten Abschnitt, welcher „Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden“ behandelt, leitet der Entwurf in einem ersten Titel wieder mit einem allgemeinen Teil ein [1]). Diese „allgemeinen Vorschriften“ (§§ 342—436) beziehen sich auf „einseitiges Versprechen“ (I), „Gegenstand der Verträge“ (II), „Inhalt der Schuldverhältnisse aus Verträgen“ (III), „Gewährleistung des veräußerten Rechtes“ (IV), „Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache“ (V), „Versprechen der Leistung an einen Dritten“ (VI), „Daraufgabe“ (VII), „Konventionalstrafe“ (VIII) und „Rücktritt vom Vertrage“ (IX).

Der Entwurf hält mit Recht daran fest, daß Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden regelmäßig nur durch Vertrag entstehen, das nicht angenommene Versprechen dagegen eine Verbindlichkeit nicht erzeugt (§ 342). Er erkennt indes ausnahmsweise das einseitige Versprechen als verbindlich an und schreibt dann subsidiär die „entsprechende Anwendung“ des Vertragsrechts auf das so begründete Schuldverhältnis vor (§ 343). Den Motiven zufolge erschöpfen sich diese Ausnahmefälle in den Bestimmungen über die Stiftung, die Auslobung und die Schuldverschreibungen auf Inhaber (S. 175). Die Regelung des „Stiftungsgeschäftes“ im Sinne eines bindenden einseitigen Versprechens haben wir schon oben als unzulässig darzuthun gesucht (S. 150 ff.). Wir werden später sehen, daß bei der Auslobung die Annahme eines durch einseitiges Versprechen erzeugten Schuldverhältnisses mit den eigenen Bestimmungen des Entwurfes in Widerspruch steht, bei den Inhaberpapieren aber gerade diese Annahme zur Quelle bedenklicher Mißgriffe geworden ist. Somit könnte der ungesunde Begriff der „Schuldverhältnisse aus einseitigem Versprechen“ aus dem Gesetzbuch ganz verschwinden und der zweite Abschnitt die einfache Überschrift „Schuldverhältnisse aus Verträgen“ empfangen [2]). Kaum bedarf es der Erwähnung, daß hiervon das Prinzip der Gebundenheit an das im Versprechen enthaltene Vertragsangebot nicht berührt wird; daß ebensowenig die deutsche Auffassung des Vertrages, welche im Versprechen den eigentlichen Verpflichtungsgrund sieht, darunter zu leiden braucht; daß endlich mit der Durchführung des Vertrags-

[1]) Vgl. zu demselben Hachenburg, Gutachten S. 110—158; Laband a. a. O. Bd. 74 S. 1 ff.; L. Seuffert a. a. O. S. 55 ff.

[2]) Für Streichung der §§ 342—343 auch L. Seuffert S. 56.

gedankens eine mannigfach ungleiche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen dem Versprechen und der Annahme desselben vereinbar ist.

Für schlechthin nichtig erklärt der Entwurf in Übereinstimmung mit dem geltenden gemeinen Rechte Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten (§ 344). Gewiß mit Recht! In der Zulassung der „Erbverträge“ ist kein Moment enthalten, welches dazu veranlassen könnte, auch solche „Erbschaftsverträge“ als gültig anzuerkennen und hierdurch gefährlichen und unsittlichen Spekulationen auf die Zukunft Raum zu schaffen. Der Entwurf geht aber nicht nur darin zu weit, daß er auch im Falle der Zustimmung des zu beerbenden Dritten dem Erbschaftsvertrage jede Wirkung versagt, sondern er hätte auch die sehr zweckmäßigen Ausnahmebestimmungen des Preußischen Landrechts für Verträge unter mehreren gesetzlich berufenen Erben aufnehmen sollen [1].

Als nichtig behandelt der Entwurf auch einen Vertrag, der auf Übertragung des ganzen künftigen Vermögens oder eines Bruchteiles desselben oder auf Bestellung eines Nießbrauches daran gerichtet ist; hinsichtlich des ganzen gegenwärtigen Vermögens läßt er derartige Verträge zu, bindet sie aber an gerichtliche oder notarielle Form (§ 350). Die Einschränkung der Verfügung über künftigen Erwerb geht weiter, als irgend ein bestehendes Recht für erforderlich gehalten hat. Das vom Entwurf aufgestellte Prinzip ist sicherlich zu billigen [2]. Doch mag man mit Fug zweifeln, ob nicht eine Ausnahme für den Versorgungsvertrag (Leibgedingsvertrag, Verpfründungsvertrag) angezeigt gewesen wäre. Und nicht gerechtfertigt ist die Gleichstellung der Vergemeinschaftung des künftigen Vermögens mit dessen Veräußerung (Motive II S. 187 und 595). Ein auf allgemeine Gütergemeinschaft gerichteter Gesellschaftsvertrag ist bisher in ganz Deutschland (nach französischem Recht freilich nur quoad usum) zulässig und auch in keinem der früheren Entwürfe eines Obligationenrechts verworfen. Warum soll die Eingehung einer so innigen Verbindung, falls sie z. B. Geschwistern oder sonst einander sehr nahestehenden Personen wünschenswert scheint, vom Gesetz verhindert werden? Die Regeln über die Auflösung vertragsmäßig begründeter Gesellschaften und über die hiermit verbundene Absonderung und Teilung reichen

[1] Vgl. Bähr S. 374. A. M. L. Seuffert S. 57, Laband S. 9—10.

[2] Vgl. L. Seuffert S. 57, der aber mit Unrecht jede Ausnahme ablehnt. Zweifelnd Laband S. 10.

aus, um das Individuum vor der Absorption durch die Gemeinschaft zu sichern. Daß die Vertragsfreiheit in diesem Punkte bisher irgend welche Mißstände oder Gefahren herbeigeführt hätte, ist nicht bekannt und wird auch von den Motiven nicht behauptet. Das seltene Vorkommen allgemeiner Vermögensgesellschaften zeugt für eine geringe Verbreitung kommunistischer Neigungen, spricht aber nicht für das Verbot derartiger Verträge. Der Entwurf hat sich hier wieder von seinem individualistischen Eifer hinreißen lassen.

Veräußerungsverträge über Grundeigentum bindet der Entwurf an gerichtliche oder notarielle Form, deren Mangel aber durch Auflassung und Eintragung in Bezug auf den gesamten Vertragsinhalt geheilt wird (§ 351). Angemessener wäre, wenn das Gesetzbuch sich mit dem Erfordernis der Schriftform begnügte, diese Form aber auch für Verträge vorschriebe, durch welche sich jemand zur Bestellung oder Übertragung eines dinglichen Rechtes verpflichtet [1]).

Unter den zahlreichen Bestimmungen des Entwurfes, welche sich auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, die Folgen ursprünglicher oder erst später eingetretener Unmöglichkeit einer versprochenen Leistung, die Ansprüche aus Erfüllung oder Nichterfüllung der Verträge, das Rücktrittsrecht und die gegenseitigen Ansprüche im Falle des Rücktritts beziehen, sind viele sehr doktrinär und unanschaulich gefaßt, manche auch inhaltlich bedenklich [2]). Hinter den schwer-

[1]) Vgl. Bähr S. 375; Laband S. 10—17 (wo die Gefahren des vom Entwurfe angenommenen Systems der heilbaren Nichtigkeit vortrefflich dargelegt sind); Hachenburg S. 113—115; Rudloff, Glossen S. 230—234; Opitz S. 42 bis 44. — Für den Entwurf L. Seuffert S. 58, der aber die Heilbarkeit des bloß mündlichen Vertrages durch die Auflassung ausschließen und für Verträge über Bestellung oder Übertragung dinglicher Rechte gleich uns schriftliche Form fordern will.

[2]) Vgl. bes. die Bedenken von Bähr S. 374, 376, 379 zu den §§ 345—346, 366, 367, 374; die Einwendungen von Laband S. 2—10 gegen §§ 345 Abs. 2, 346 u. 348, S. 25—28 Abs. 2 gegen § 367, S. 29 gegen § 369; die Bemerkungen von Hachenburg S. 110—113 zu §§ 344—348, sowie von L. Seuffert S. 59—61 zu §§ 359—363 u. 362—369; die Kritik der §§ 355—357 über Leistung nach Ermessen eines Dritten („Arbitrator") von Weismann, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 422—432 (er erklärt die Sätze des Entwurfs für unzulänglich und doktrinär). Unerträglich sind jedenfalls die §§ 360—361 über das Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung; vgl. Laband S. 17—24 (wo der Nachweis geführt ist, wie diese Bestimmungen den Schuldner in eine durchaus prekäre Lage bringen); auch Hachenburg S. 115—122 (dessen Wunsch nach Erweiterung des Rücktrittsrechts indes zurückzuweisen ist). — Über die Behandlung des vertragsmäßigen Rücktrittsrechtes in den §§ 426—436 vgl. Bähr S. 384 ff., Laband S. 46—54,

fälligen Sätzen des § 368 verbirgt sich ein wichtiges Zugeständnis an das deutsche Recht, indem hier im Gegensatz zum römischen Recht das Prinzip durchgeführt wird, daß bei Veräußerungsanträgen der Veräußerer bis zur Erfüllung die Gefahr trägt (Motive II S. 205 ff.). Der deutschrechtliche Grundsatz hätte einen sinnfälligeren Ausdruck verdient, den er übrigens in seinem Hauptanwendungsfall beim Kaufe später findet (§ 463)[1]).

Zu den „allgemeinen Vorschriften" stellt der Entwurf auch die gewöhnlich in der Lehre vom Kauf entwickelten, jedoch zugleich für andere Veräußerungsverträge maßgebenden Regeln über Gewährleistung. Hätte er am Herkommen festgehalten und bei den übrigen lästigen Veräußerungsverträgen auf die Bestimmungen über den Kauf verwiesen, so wäre er zu einer minder abstrakten Fassung genötigt worden[2]). Die Gewährleistung des veräußerten Rechts und die Gewährleistung wegen Mängel einer veräußerten Sache behandelt er als zwei getrennte und durchaus verschiedenartige Institute.

Die Rechtsgewährleistungspflicht des Veräußerers (§§ 370—380) gründet der Entwurf auf das sogenannte „Verschaffungsprinzip", indem er abweichend vom römischen Recht in Übereinstimmung mit der modernen Rechtsanschauung den Veräußerer als verpflichtet ansieht, dem Erwerber das Eigentum oder das sonst in Frage stehende Recht zu verschaffen. Doch soll die Haftung des Veräußerers erst mit der wirklichen Entwehrung (Eviktion) durch einen Dritten eintreten, während bis dahin nur eine Befugnis des Erwerbers zur Verweigerung der Gegenleistung anerkannt wird. Die Entwehrung soll aber nicht schlechthin durch ein richterliches Urteil bedingt sein, sondern in jeder erfolgreichen Geltendmachung des Rechtes des Dritten gefunden werden[3]). Daß der Entwurf die

L. Seuffert S. 73—74. Der letztere widerspricht mit Unrecht dem wohlbegründeten Verlangen von Bähr und Laband, daß der Rücktritt nicht mehr zulässig sein soll, wenn der Gegenstand durch Zufall untergegangen ist. — Gegen die starre Schablone des Entwurfes hinsichtlich des vom Vertragsschuldner zu vertretenden Maßes von Verschulden wendet sich G. Hartmann S. 381—385; vgl. Meischeider S. 41 ff.

[1]) Zu § 368 vgl. Hachenburg S. 122—125, Laband S. 28—29, Bernhöft, Heft 12 der Beiträge S. 43 ff.

[2]) Gegen das Verfahren des Entwurfes vgl. Bernhöft, Heft 12 der Beiträge S. 7 ff. u. 30.

[3]) Kritische Erörterungen zu dieser Materie bei Hachenburg S. 135—146, L. Seuffert S. 61—65 und insbesondere Bernhöft, Heft 12 der Beiträge

Haftung des Veräußerers auf die vollkommene Freiheit eines veräußerten Grundstückes von Grunddienstbarkeiten erstreckt (§ 371), hängt mit seinem Radikalismus hinsichtlich der Eintragungsbedürftigkeit der Servituten zusammen. Die Motive (II S. 214) offenbaren eine geringe Kenntnis der wirklichen Zustände, wenn sie die Belastung eines Grundstückes mit Grunddienstbarkeiten bei der „heutigen Entwickelung und Betriebsweise der Landwirtschaft" durchweg für etwas Ungewöhnliches erklären. Man hätte solche Dienstbarkeiten ausnehmen sollen, welche offensichtlich sind oder auf welche der Erwerber nach Lage der Sache gefaßt sein mußte[1]).

Hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel der veräußerten Sache (§§ 381—411) schließt sich der Entwurf überaus eng an das römische Recht an und lehnt sowohl die abweichenden Bestimmungen des Preußischen Landrechts wie die Verallgemeinerung der für den Handelsverkehr geltenden besonderen Rechtssätze ab[2]). Nur in wenigen Punkten entfernt er sich von dem auf Grundlage des ädilitischen Ediktes ausgebildeten gemeinen Recht. So läßt er über das Vorhandensein zu vertretender Mängel nicht den Augenblick des Vertragsschlusses, sondern den Augenblick des Gefahrüberganges entscheiden (§ 381), versagt dem Erwerber das Recht der Wandlung im Falle eines von ihm verschuldeten Unterganges der Sache (§ 387) und setzt für die Ansprüche aus der Gewährleistungspflicht eine kurze Verjährungsfrist von sechs Monaten bei beweglichen und von einem Jahre bei unbeweglichen Sachen fest (§ 397)[3]). Dagegen hat sich der Entwurf hinsichtlich der Gewährleistung wegen Viehmängel bei Pferden, Eseln, Mauleseln und Maultieren, Rindvieh, Schafen

---

S. 7—29. Der letztere verwirft den ganzen abstrakt doktrinären Aufbau und macht auf S. 29 Gegenvorschläge für die Entwehrung beim Kaufe.

[1]) Vgl. Bähr S. 379, L. Seuffert S. 62.

[2]) Zu dieser Lehre vgl. Hachenburg S. 135—146, Laband S. 30—39, L. Seuffert S. 65—68, Bernhöft S. 29—43. Hinsichtlich der Gewährleistungspflicht bei verkauften Wertpapieren, die sich als aufgeboten, ausgelost oder gekündigt herausstellen, vgl. Koch S. 27—29, der einige besondere Bestimmungen verlangt.

[3]) Bezeichnend ist die Ausführung der Motive II S. 238, es sei, „um für die Verjährung die Grundlage zu gewinnen", „dem Rechte auf die Minderung und demjenigen auf die Wandlung die Eigenschaft eines Anspruches beigelegt, im Gegensatz zu dem sonst im Entwurfe insbesondere für das Rücktrittsrecht festgehaltenen Standpunkte". Vgl. dazu die Motive a. a. O. S. 376, 482 u. 488. Mit diesem Anspruchsbegriff läßt sich also, wie es scheint, recht willkürlich umspringen! Vgl. L. Seuffert S. 66.

und Schweinen zur vollen Durchführung der deutschrechtlichen Grundsätze entschlossen (§§ 399—411). Der Veräußerer haftet also nur wegen „Hauptmängel" und auch wegen solcher nur, wenn sie in der „Gewährfrist" zum Vorschein kommen; durch das Hervortreten des Mangels innerhalb der Gewährfrist wird eine Vermutung für dessen Vorhandensein im Augenblicke des Gefahrübergangs begründet, welche jedoch durch Anzeige oder eine gleichstehende Handlung binnen 24 Stunden nach Ablauf der Gewährfrist gewahrt werden muß; der Erwerber hat kein Minderungsrecht, sondern nur den Anspruch auf Wandelung, für welchen die Verjährungsfrist auf zwei Wochen seit Ablauf der Gewährfrist verkürzt ist. Die Bestimmung der Hauptmängel und der Gewährfristen für die einzelnen Tiergattungen soll durch eine mit Zustimmung des Bundesrates zu erlassende kaiserliche Verordnung, die auf gleichem Wege ergänzt werden kann, erfolgen. Indem so der Entwurf ein einheitliches Recht schaffen will, welches sich in allem wesentlichen mit uraltem, durch die Jahrhunderte bewährtem und wahrlich nicht zufällig gegenüber dem Ansturme des römischen Rechts vom Volke zäh festgehaltenem deutschen Rechte deckt, erfüllt er wenigstens auf diesem Gebiete der Rechtszersplitterung und des Meinungsstreites seinen Beruf. Die nur selten aus den Kreisen der Landwirtschaft, vielmehr fast nur aus den Bestrebungen der Tierärzte und aus den Tendenzen der doktrinären Jurisprudenz hervorgegangenen Versuche, auch hier dem römischen Recht oder doch einem aus römischem und deutschem Recht gemischten System zum Siege zu verhelfen, entbehren gegenüber diesem im größten Teile des Reiches noch tief im Volksbewußtsein wurzelnden und die Bedürfnisse des Lebens vollauf befriedigenden Stück nationaler Rechtsbildung der inneren Berechtigung. Wollen wir ein volkstümliches Recht herstellen, so kommt es in erster Linie nicht auf die Stimmen der Tierärzte und Juristen, sondern auf die Stimmen der Landwirte und der übrigen am Viehhandel beteiligten Berufsstände an. Von dieser Seite aber ist stets überwiegend für das deutschrechtliche Prinzip gestritten worden. Auch der von der zweiten Abteilung des 19. deutschen Juristentages zu Gunsten des römischen Rechts gefaßte Beschluß vermag hieran um so weniger etwas zu ändern, als er dem mit überzeugenden Gründen für die deutschrechtlichen Grundsätze kämpfenden Gutachten des Freiherrn von Völderndorff widerspricht[1]). Im

[1]) Verhandlungen des XIX. Juristentages Bd. 1 S. 57 ff. — Das Gutachten ist vor der Veröffentlichung des Entwurfes verfaßt und gedruckt. Es

einzelnen sind in den Motiven zum Entwurf (II S. 243 ff.), die hier wie überall, wo eine Abweichung vom römischen Recht gewagt ist, besonders gründlich und vorsichtig zu Werke gehen, die Vorzüge des einheimischen Rechts erschöpfend dargelegt. Ein Bruch mit dessen durchaus gesunden Grundgedanken würde nur die Vermehrung unerquicklicher Prozesse und die Unsicherheit des Verkehres fördern. Daß aber das Rechtsgefühl anstatt der Entscheidung nach festen objektiven Maßstäben und gesetzlichen Vermutungen die Beurteilung jedes Falles auf Grund der vom jeweiligen Stande der Veterinärkunde abhängigen und doch vielfach durch subjektive wissenschaftliche Ansichten bestimmten tierärztlichen Gutachten und sonstiger umständlicher und unsicherer Beweisaufnahmen verlangt oder gar die Zulassung der Minderungsklage neben der Wandlungsklage fordert, ist einfach nicht wahr! Die Gegner meinen freilich, was bei der Veräußerung lebloser Sachen recht und billig sei, müsse es auch beim Viehhandel sein. Allein wenn unser Rechtsleben sich bisher gegen ein solches Nivellement gesträubt hat, so bieten schon die Besonderheiten des lebenden Organismus hierfür eine ausreichende Erklärung und Rechtfertigung. Im übrigen ließe sich weit eher fragen, ob es nicht umgekehrt einer Umgestaltung der allgemeinen Regeln über Gewährleistung im Sinne einer Wiederannäherung an die deutschrechtlichen Grundsätze bedarf. Unser altes Rechtssprichwort: „wer die Augen nicht aufthut, thue den Beutel auf“ beruht auf einem richtigen und volkstümlichen Gedanken. Es schließt nicht aus, daß das Recht dem Erwerber ausnahmsweise zu Hülfe kommt, wo ein erheblicher heimlicher Mangel, den man der Sache nicht ansehen konnte, innerhalb einer gewissen Zeitgrenze offenbar wird. Wenn man aber mit dem Entwurfe dem Käufer jede Prüfungs- und Anzeigepflicht abnimmt und seine bloße Unbekanntschaft mit einem Mangel, sofern sie nur nicht gerade auf „grober Fahrlässigkeit“ beruht, zur Erhebung von Gewährleistungsansprüchen innerhalb der gesetzlichen Frist für ausreichend erklärt, so befördert man die Unvorsichtigkeit und die Chicane[1]).

empfiehlt aber durchweg (mit Ausnahme der von ihm für überflüssig erachteten Festhaltung einer besonderen „Ansage“ des Mangels behufs Erhaltung der Vermutung) dieselben Grundsätze, welche der Entwurf durchführt. — Für die deutschrechtlichen Grundsätze des Entwurfes auch Hachenburg S. 143—146, L. Seuffert S. 67—68, Bernhöft S. 42—43. Auch Opitz S. 44—56 zieht das deutsche Recht dem römischen vor, wünscht aber in erster Linie die Regelung nach einem kombinierten Prinzip. — Für das römische Recht Schmalz in der Berliner Tierärztlichen Wochenschrift, Jahrg. 4 Nr. 40.

[1]) Übereinstimmend fordert Laband bei beweglichen Sachen Annäherung

Unter allen Umständen wäre es angezeigt, die in Deutschland niemals recht heimisch gewordene römische Minderungsklage überhaupt fallen zu lassen und dem Erwerber im Einklange mit unserem Rechtsbewußtsein und unseren Verkehrsgewohnheiten stets nur die Wandlungsklage zu gewähren[1]).

Vollkommen auf den Boden des deutschen Rechts tritt der Entwurf mit der uneingeschränkten Anerkennung der Verträge zu Gunsten Dritter[2]). Er läßt aus dem Versprechen der Leistung an einen Dritten einerseits mangels anderer Abrede ein durch eigenes Vermögensinteresse nicht bedingtes Forderungsrecht des Versprechensempfängers auf Leistung an den Dritten, andererseits zugleich im Falle einer hierauf gerichteten Parteiabsicht unmittelbar ein Forderungsrecht des Dritten gegen den Versprechenden entspringen (§ 412). Wer die Entwicklung der Theorie und Praxis in dieser Lehre verfolgt hat, wird keinen Augenblick zweifeln, daß eine andere prinzipielle Lösung der Frage in einem deutschen Gesetzbuch sogut wie undenkbar ist[3]). Der Entwurf umgeht jedoch die eigentlichen

an die Sätze des Handelsrechts: Einschränkung der Haftung auf „verborgene" oder doch „arglistig" verschwiegene Mängel (S. 30 ff.), Prüfungs- und Anzeigepflicht des Erwerbers (S. 33 ff.), andererseits Perpetuierung der Einreden durch rechtzeitige Anzeige (S. 37). Gegen Laband erklärt sich mit unzureichenden Gründen Bernhöft S. 31 ff.; nur die Anzeigepflicht befürwortet auch er (S. 40). Hachenburg S. 136 will die Haftung für Mängel noch erweitern. — Über die Gewährleistung beim Genus-Kauf (§ 398) vgl. Laband S. 38—39, L. Seuffert S. 67, Bernhöft S. 41—42; Laband und Bernhöft verlangen mit Recht, daß auch der Verkäufer das Recht erhalte, die mangelhafte Ware gegen eine untadelhafte umzutauschen.

[1]) So mit treffender Begründung auch v. Völderndorff a. a. O. S. 67. Zustimmend L. Seuffert S. 65—66. Außerhalb des Kaufes auch Bernhöft S. 30.

[2]) Die übrigens sorgfältig gearbeiteten Motive (II S. 265 ff.) wissen freilich oder sagen doch nichts davon, daß es sich hier um wiedererstandenes altes deutsches Recht handelt.

[3]) Bährs Einwendungen gegen den Entwurf (S. 380 ff.) sind insoweit verfehlt, als der Verfasser an seinem bekannten Standpunkt festhält, von dem aus er stets nur ein vom Promissar abgeleitetes Recht des Dritten gelten läßt und dem Dritten daher nur die Ausübung eines fremden Klagerechtes in eigenem Namen zugesteht. Dagegen rügt er mit Recht, daß der Entwurf die praktisch wichtigsten Fragen eigentlich ungelöst läßt. Im übrigen vgl. Laband S. 39—45, L. Goldschmidt S. 91—93, Martinius, Gutachten S. 589—603, L. Seuffert S. 68—71, die sämtlich auf dem Boden des modernen Prinzips stehen, jedoch die ausschließliche Verweisung auf den Parteiwillen als unpraktisch tadeln. Vgl. auch Meischeider S. 25—29.

Schwierigkeiten einer gesetzgeberischen Regelung des Gegenstandes, indem er hinsichtlich der näheren Struktur der Rechtsverhältnisse den Richter ausschließlich auf die Erforschung des Parteiwillens verweist. Allerdings muß vor allem der Parteiwille entscheiden. Allein da der Inhalt desselben in vielen Fällen unbestimmt oder zweifelhaft ist, bedarf es subsidiärer gesetzlicher Regeln. Schon die Bestimmung, daß der Dritte nur insofern „unmittelbar berechtigt" sein soll, „sofern sich aus dem Inhalte des Vertrages ergiebt, daß diese Berechtigung des Dritten gewollt ist", erregt gewichtige Bedenken; je nach dem theoretischen Standpunkte des Richters könnte die Frage, ob in dem Vertragsinhalt ein solcher Wille steckt, bei ganz gleichartigen Verträgen sehr verschieden beantwortet werden. Ist eine Leistung an einen Dritten ausbedungen, so muß im Zweifel auch ein Recht des Dritten auf diese Leistung als gewollt gelten. Der Entwurf müßte also die unmittelbare Berechtigung des Dritten als Regel hinstellen und nur den Vorbehalt hinzufügen: „sofern nicht eine andere Absicht der Vertragschließenden erhellt" [1]). Bedenklicher noch ist es, wenn die vor allem umstrittene Frage nach dem Augenblick des Rechtserwerbes durch den Dritten lediglich die Antwort findet: „Das Forderungsrecht des Dritten entsteht mit dem Zeitpunkte, in welchem es nach dem aus dem Inhalte des Vertrages sich ergebenden Willen der Vertragschließenden zur Entstehung gelangen soll" (§ 413). Gewiß! Allein nur in seltenen Fällen konstiert ein unzweideutiger Parteiwille über diesen Zeitpunkt. Fehlt es daher an einer subsidiären Gesetzesregel, so liegt die Gefahr nahe, daß jeder Richter diejenige unter den zahlreichen darüber aufgestellten „Theorieen", welche ihm als die natürlichste erscheint, auch den Vertragschließenden im Zweifel imputiert. Die meisten dieser Theorieen berufen sich ja gerade auf den vermutlichen Parteiwillen! Der Entwurf müßte also eine gesetzliche Regel aufstellen. Als solche empfiehlt sich weder die Annahme, daß es noch eines „Beitrittes" des Dritten zum Vertrage oder einer besonderen „Offerte" an ihn seitens beider Vertragschließenden oder eines von ihnen bedürfen soll, noch auch der Satz, daß das Recht des Dritten „sofort" ohne jedes Zuthun desselben perfekt wird. Vielmehr entspricht dem normalen Sachverhalt die Auffassung, daß zwar der Vertragsschluß sofort ein mögliches Recht für den Dritten hinstellt, jedoch erst die „Aneignung"

[1]) Übereinstimmend L. Goldschmidt S. 93, Martinius S. 591 ff., L. Seuffert S. 70.

desselben durch den Dritten ein wirkliches Recht für ihn begründet[1]). Bis der Dritte irgendwie beteiligt ist, kann den Vertragschließenden die Befugnis zur Abänderung oder Aufhebung der von ihnen geschaffenen Rechtslage billigerweise nicht abgesprochen werden[2]). Andererseits liegt kein Grund vor, dem Dritten ein von ihm nicht gewolltes Recht zu octroyieren. Dies erkennt auch der Entwurf an, indem er in § 415 bestimmt: „Erklärt der Dritte dem Versprechenden, daß er das Forderungsrecht zurückweise, so ist es so anzusehen, wie wenn das Forderungsrecht nicht entstanden wäre." Nach der Erläuterung der Motive (S. 272) soll hiernach das Recht des Dritten zwar ohne dessen Zuthun entstehen können, jedoch stets nur „als ein durch die einfache und einseitige Ablehnung des Dritten resolutiv bedingtes Recht, mit der Bedeutung, daß der Ablehnung rückwirkende Kraft zukommt". Ist aber eine so gekünstelte und fiktive Konstruktion naturgemäß? Liegt es nicht näher, den Rechtserwerb erst in den Zeitpunkt zu verlegen, in welchem der Dritte zu erkennen giebt, daß er berechtigt sein **will**? Hätte der Entwurf diesen Standpunkt eingenommen, so wäre der das Rücktrittsrecht der Vertragschließenden normierende § 414 entweder überflüssig geworden oder hätte doch eine einfachere Fassung und einen angemesseneren Inhalt empfangen. In seiner jetzigen Gestalt giebt er den Vertragschließenden teils zu wenig und teils zu viel. Zu wenig, indem er sie mit sofortiger Bindung durch einen dem Dritten noch nicht einmal bekannt gewordenen Vertrag bedroht! Zu viel, indem er nicht beachtet, daß im Falle einer Mitteilung des Vertrages an den Dritten schon vor der Entstehung des (etwa ausdrücklich von der Erklärung des Dritten abhängig gemachten) „Forderungsrechtes des Dritten" das Rücktrittsrecht durch die bindende Kraft der Offerte modifiziert sein kann!

Die Vorschriften des Entwurfes über **Konventionalstrafe** (§§ 420—425) sind geeignet, maßlose Ansprüche wach zu rufen. Entgegen dem preußischen, österreichischen und französischen Recht soll im Zweifel neben der bedungenen Strafe noch der Ersatz eines höheren Schadens gefordert werden können. Und während die Höhe der Strafe der freien Vereinbarung unterliegt, ist das doch auch in

---

[1]) So auch das Schweizer Obligationenrecht Art. 128. Dagegen wollen **Martinius** und L. **Seuffert** die Entstehung des Rechtes des Dritten mit dem Vertragsschluß und die sofortige Unwiderruflichkeit für die Kontrahenten als Regel festsetzen.

[2]) Nur ist zu beachten, daß diese Befugnis regelmäßig nicht auf die Erben übergeht.

der Schweiz (Obligationenrecht Art. 182) nach Aufhebung der früheren Beschränkungen für unentbehrlich erachtete richterliche Ermäßigungsrecht nicht aufgenommen. Alle gesetzlichen Vorschriften wider den Wucher sind geradezu illusorisch, wenn diese schrankenlose Freiheit des Strafgedinges, deren oft empörenden Mißbrauch jeder Praktiker kennt, durch das deutsche Gesetzbuch sanktioniert wird[1])!

In 19 weiteren Titeln folgen den allgemeinen Vorschriften solche über Schuldverhältnisse aus besonderen Rechtsgeschäften. Dieselben sind in ziemlich bunter Reihenfolge behandelt. Auch werden mitten unter den Verträgen mit konkretem wirtschaftlichen Inhalt einige allgemeine rechtsgeschäftliche Figuren normiert, welche aus dem Rahmen der besonderen Vertragsgattungen heraustreten.

Gleich zuerst (Tit. 2) wird die Schenkung, über deren Begriff und systematische Stellung bekanntlich viel Streit herrscht, im Sinne einer besonderen Vertragsart geregelt (§§ 437—452)[2]). Als Vertrag kommt die Schenkung nach dem Entwurfe nur zu stande, wenn eine freigebige Zuwendung als Geschenk angenommen wird (§ 437). Eine in Schenkungsabsicht gemachte Zuwendung, welche den Begünstigten ohne dessen Willen auf Kosten des Zuwendenden bereichert, gilt nur als bindende Schenkungsofferte und kann, falls ihre Hinnahme als Geschenk abgelehnt wird, kondiziert werden (§ 438). Doch ist die Annahme nicht nur formfrei, sondern wird auch vermutet, wenn die bereits wirksam gewordene Zuwendung nicht unverzüglich nach Erkundung des Sachverhalts abgelehnt wird. Das Schenkungsversprechen bedarf zu seiner Gültigkeit der gerichtlichen oder notariellen Form (§ 440)[3]). Eine Schenkung kann aber auch

[1]) Vgl. G. Hartmann S. 378—381. Für den Entwurf Laband S. 46, L. Seuffert S. 72—73 und die für schrankenlose Vertragsfreiheit begeisterten Gutachten von Koffka und Simon für den 20. Juristentag, Bd. 2 S. 1—32 u. 33—45. Hartmann S. 375—378 verlangt überdies Beachtung des selbständigen Strafgedinges. — Über die Ordnung der „Daraufgabe“ (§§ 417—419) vgl. Laband S. 45, L. Seuffert S. 72. — Kuntze, Betracht. S. 20—21, wünscht eine hier anschließende Bestimmung über den Handschlag.

[2]) Eine sehr eingehende und vielfach anregende Kritik dieses Titels hat Reatz in den Gutachten aus dem Anwaltstande S. 163—230 geliefert. Vorschläge einer anderen Begriffsfassung, als sie der Entwurf in sehr ungenügender Weise giebt, vgl. bei Reatz S. 202. Gegen die Definition der Schenkung im Entwurf vgl. auch Bekker S. 38 ff., L. Goldschmidt S. 93—94.

[3]) Dieses Formerfordernis ist angemessen, aber auch ausreichend. Zu erwägen bleibt nur, ob es nicht auf „große“ Schenkungen zu beschränken wäre; vgl. Reatz S. 220. — Die Bedenken, welche Schloßmann, Jahrb. f. Dogm. Bd. 27 S. 49 ff., gegen jeden rechtlichen Zwang zur Gewährung einer zugesagten Wohlthat erhebt, schießen weit über das Ziel. Die Versagung der

ohne Beobachtung einer besonderen Form gültig gemacht werden, wenn eine Veräußerung in Schenkungsabsicht vollzogen wird (§ 441)[1]). Gegenüber sonstigen Vertragsverpflichteten wird der Schenker im Einklang mit dem geltenden Recht hinsichtlich der Haftung wegen Nichterfüllung, der Gewährleistung für Mängel im Recht und Mängel der Sache, der Verwirkung von Verzugszinsen und des Erfüllungsortes erleichtert (§§ 442—446). Mit dem Anspruch auf Verzugszinsen hätten aber die in § 445 ausdrücklich vorbehaltenen Schadenersatzansprüche gegen den Schenker ebenfalls abgeschnitten werden sollen[2]). Schon erwähnt ist, daß der Entwurf mit der Abschaffung des beneficium competentiae unbilligerweise dem Schenker die Befugnis entzieht, das für seinen Lebensunterhalt Notwendige zurückzubehalten. Ebenso verwirft er das in den modernen Gesetzbüchern dem Schenker und seinen unterhaltsberechtigten Verwandten gewährte Recht, bei späterer Dürftigkeit oder Unzulänglichkeit des Nachlasses eine gewisse Kompetenz oder Ergänzung des Unterhalts vom Beschenkten zu fordern (Motive S. 305). Diese Härte gegen den Schenker und seine Familie ist um so unerträglicher, als der Entwurf zwar den Widerruf der Schenkung wegen Undanks zuläßt (§§ 449—452), jedoch nicht nur denselben in durchaus unangemessener Weise begrenzt, sondern auch alle anderen in neueren Gesetzen anerkannten Widerrufsgründe beseitigt. Die landrechtliche Bestimmung, nach welcher die ohne formgerechte Grundlage durch Übergabe vollzogene Schenkung binnen sechs Monaten frei widerrufen werden kann, mag man fallen lassen. Dagegen sprechen für die Gestattung des Widerrufes wegen Übermaßes und wegen nachgeborener Kinder gewichtige Gründe. Die Motive meinen freilich, schon das

Klage auf Vollzug eines feierlichen und förmlichen Schenkungsversprechens würde mit unserem Rechtsbewußtsein und unseren praktischen Bedürfnissen in schroffen Widerspruch treten.

[1]) Die Veräußerung behufs Erfüllung eines formwidrigen Schenkungsversprechens soll trotzdem den Formmangel nicht heilen. Wenn man die Auseinandersetzung der Motive über diesen Punkt (S. 295) liest, wird man Zweifel an der praktischen Brauchbarkeit dieser subtilen Distinktion nicht unterdrücken können. Hiernach soll, wenn ein schriftliches Schenkungsversprechen vorliegt und nun die Auflassung oder Übergabe der geschenkten Sache erfolgt, der Akt ungültig oder gültig sein, je nachdem der Schenker bei der Auflassung oder Übergabe nur an sein früheres Versprechen denkt oder auch im Augenblick schenken will. Die Unterscheidung zwischen animus solvendi und animus donandi nimmt sich auf dem Papier sehr hübsch aus, dürfte aber im Leben schwierig zu handhaben sein!

[2]) Vgl. Bähr S. 385.

Widerrufsrecht wegen Undankes sei „vom juristischen Standpunkt" eigentlich „anomal" (S. 302). Was das wohl für ein „juristischer Standpunkt" sein mag? Möge er uns für immer fremd bleiben[1])! Einige besondere Rechtssätze stellt der Entwurf über Schenkungen unter einer Auflage auf (§ 448). Ganz schweigt er über belohnende Schenkungen, in Bezug auf welche bei einer minder mechanischen Ordnung des Schenkungsrechts Sonderbestimmungen nicht zu umgehen wären.

Schon durch die Überschrift kündigt der neunzehnte Titel vom „Schuldversprechen" seine allgemeine Bedeutung an. Er spricht das wichtige Prinzip aus, daß die Gültigkeit eines acceptierten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses unabhängig von der Angabe eines Verpflichtungsgrundes, jedoch durch die Erteilung in schriftlicher Form bedingt ist (§ 683)[2]). Somit wird der abstrakte obligationenrechtliche Vertrag ohne Einschränkung anerkannt. Das Schuldanerkenntnis bildet nur einen besonderen Anwendungsfall, der zugleich das Abrechnungsgeschäft umfaßt (Motive S. 691). Die Gefährlichkeit dieses Grundsatzes wird aber dadurch gemildert, daß lediglich die schriftliche Erklärung, schuldig zu sein, einen selbständigen Verpflichtungsgrund darstellen soll. Auch wird dem Schuldner nicht nur das Recht zur Kondiktion des abstrakten Versprechens oder Anerkenntnisses auf Grund der allgemeinen Voraussetzungen der Kondiktionen gewährt, sondern ihm unter den gleichen Voraussetzungen zugleich die Befugnis zur Verweigerung der Leistung oder zum Verlangen der Befreiung von seiner Verpflichtung eingeräumt und hierbei überdies ein in der Versprechenserteilung enthaltener Verstoß wider die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung nicht als Ausschließungsgrund angerechnet (§ 684). Trotz dieser Kautelen ist die generelle Einführung des abstrakten Schuldversprechens in unser Rechtsleben ein überaus gewagter Schritt

[1]) Sehr beachtenswerte Vorschläge hinsichtlich übermäßiger Schenkungen und hinsichtlich des Widerrufes der Schenkungen macht Reatz S. 210—211 und S. 230: eine Schenkung, die den standesmäßigen Unterhalt des Schenkers und seiner Familie beeinträchtigt, soll ungültig sein; der Widerruf soll wegen jeder vorsätzlichen erheblichen Vergehung des Beschenkten gegen den Schenker oder dessen Familie zugelassen werden. Seine Motivierungen stechen wohlthuend gegen die Motive des Entwurfes ab!

[2]) Daß die Fassung des § 683 diesen Sinn nicht klar hervortreten läßt und überhaupt mancherlei Zweideutigkeiten birgt, welche durch die Motive keineswegs gehoben werden, weist Bähr a. a. O. S. 405—411 nach. Ebenso Koch S. 35—36.

des Gesetzgebers[1]). Im Handelsverkehr ausgebildet und für ihn unentbehrlich, entspricht der vom materiellen Verpflichtungsgrunde losgelöste Schuldschein im gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr kaum einem Bedürfnis. Wohl aber kann derselbe hier zu wucherischen und sonstigen unlauteren Zwecken auf die schnödeste Weise gemißbraucht werden. Birgt schon die allgemeine Wechselfähigkeit ernste Gefahren, so muß die Gesetzgebung um so mehr Anstand nehmen, eine neue für jedermann zugängliche Gattung wechselähnlicher Papiere zu schaffen, bei deren Ausstellung die mit Wort und Form des Wechsels verknüpften Vorstellungen ihre mahnende und abschreckende Kraft nicht entfalten und die überdies nicht bloß auf eine bestimmte Geldsumme lauten, sondern die Verpflichtung zu jeder beliebigen bestimmten oder unbestimmten Leistung formalisieren können. Die bloße Schriftlichkeit bietet keine ausreichenden Garantieen. Wenn die Gültigkeit des mündlichen Versprechens von einer materiellen causa abhängig bleibt, wie dies nach dem Entwurfe der Fall sein würde, so fehlt es an jedem triftigen Grunde, diese Regel bei dem schriftlichen Versprechen umzukehren. Es kommt hinzu, daß in den Fällen, in denen ausnahmsweise ein wirkliches Bedürfnis die Gültigkeit abstrakter Verträge fordert, zum Teil die mündliche Erklärung genau den gleichen Anspruch auf Beachtung hat wie irgend ein Schriftstück[2]).

Eine bei verschiedenartigen Vertragsinhalten verwendbare Geschäftsform ist die im achten Titel behandelte „Auslobung" (§§ 581—584). Der Entwurf konstruiert sie, wie die Motive ausführen (S. 518 ff.), im Sinne der „Pollicitationstheorie"[3]). Somit soll „der Grund der Verpflichtung des Auslobenden einzig in der verbindlichen Kraft eines einseitigen öffentlichen Versprechens" gefunden werden. Gleichwohl soll die Verbindlichkeit des Auslobenden erst „entstehen", wenn die zu belohnende Handlung nach Maßgabe der öffentlichen Bekanntmachung vollbracht ist. Denn vorher fehle es an einem Berechtigten. Mithin kommt die Obligation doch nicht ohne Mitwirkung des Gläubigers zu stande! Warum soll nun nicht

[1]) Sehr entschieden spricht sich dagegen ein Artikel der Kreuzzeitung, Jahrg. 1888 Nr. 234, aus. A. M. natürlich Bähr a. a. O., auch Koch a. a. O.

[2]) So z. B. trotz der gegenteiligen Ausführung der Motive S. 691—692 bei der Anerkennung einer Abrechnung. Vgl. auch Erk. des Reichsger. v. 9. Juli 1880, E.-S. Bd. II Nr. 16.

[3]) Vgl. hierzu Meischeider S. 28—29, G. Hartmann S. 374—375 (er wünscht die Beschränkung der Klagbarkeit auf Fälle, in denen „die Forderung auf Treu und Glauben des Verkehrs beruht"), Kuntze, Betrachtungen S. 26.

im Sinne der „Vertragstheorie" die Folgerung gezogen werden, daß zunächst nur ein öffentliches Vertragsangebot an eine unbestimmte Person vorliegt, welches erst durch den Zugriff eines geeigneten Gläubigers zu einer Schuldverbindlichkeit ergänzt wird? Die Motive halten dies für vereinbar mit der in § 581 Abs. 2 getroffenen und in der That angemessenen Bestimmung, nach welcher es im Zweifel nicht erforderlich sein soll, „daß die Handlung mit Kenntnis der Auslobung und in Rücksicht auf dieselbe vollbracht worden ist". Nun kann freilich in einer Handlung, bei welcher das Bewußtsein des Angebots oder die Absicht der Aneignung desselben fehlt, keine „Annahme" stecken. Allein man wird doch auch dem Handelnden das Recht auf Belohnung nicht aufdrängen dürfen. Mithin wird hier die Obligation erst zu stande kommen, wenn der Handelnde nachträglich von der Auslobung Kenntnis erlangt und das in ihr dargebotene Versprechen sich aneignet. Daß hier die Voraussetzung des Rechtserwerbes bereits erfüllt ist, bevor derselbe durch Zugriff vollzogen wird, ändert nichts an dem Wesen der Annahme als solcher. Der Entwurf hätte also die fragliche Bestimmung genau ebenso treffen können, ohne zu der Theorie des Schuldverhältnisses aus einseitigem Versprechen zu greifen. Die wichtigste Konsequenz aber, um deren willen diese Theorie aufgestellt zu werden pflegt, getraut er sich nicht einmal zu ziehen. Denn er läßt den freien Widerruf der Auslobung durch gehörige öffentliche Erklärung bis zum Vollbringen der Handlung zu und ordnet nur an, daß in der Auslobung auf die Widerruflichkeit verzichtet werden kann und daß ein solcher Verzicht bei Festsetzung einer Zeit für das Vollbringen der Handlung im Zweifel anzunehmen ist (§ 582). Hiernach ist im allgemeinen derjenige, der im Vertrauen auf die verpflichtende Kraft der Auslobung bereits Zeit, Mühe und Kosten aufgewandt hat, gegen deren willkürlichen Widerruf völlig ungeschützt (Motive S. 522). Ist aber die Auslobung ausnahmsweise als unwiderruflich anzusehen, so kann auch derjenige, der ihr Vorhandensein erst durch einen öffentlichen Widerruf erfährt, sich noch an die Arbeit machen und durch Vollbringen der Leistung das Recht auf Belohnung erwerben. Ein widerspruchsvolles und unbefriedigendes Ergebnis! Faßt man die Auslobung als Vertragsangebot auf, so ergiebt sich, sobald nur die ja auch vom Entwurf anerkannte bindende Kraft der Offerte feststeht, von selbst eine sachgemäße Entscheidung der Widerrufsfrage. Der Auslobende ist dann, falls er keinen Vorbehalt gemacht hat, jedem Versprechensempfänger gegenüber an sein Wort gebunden

und muß im Falle eines unberechtigten Widerrufs Schadenersatz leisten. Da es sich aber um ein Angebot an unbestimmte Personen handelt, tritt diese Gebundenheit an das Wort nur ein, wenn und soweit eine bestimmte Person durch unzweideutige Willensmanifestation sich als Versprechensempfänger gesetzt und die Offerte bei sich befestigt hat. Denn das Publikum ist kein Rechtssubjekt: vorher also ist niemand da, der ein Recht hätte, den Auslobenden beim Worte zu nehmen[1]).

Eine allgemeinere Bedeutung hat schließlich auch der zwanzigste Titel über „Schuldverschreibung auf den Inhaber" (§§ 685 bis 703)[2]). Daß der Entwurf sie als ein besonderes Rechtsgeschäft neben Darlehn, Kauf, Miete u. s. w. stellt, beruht nicht bloß auf einer im Grunde gleichgültigen systematischen Willkürlichkeit, sondern auf einem verhängnisvollen gedanklichen Mangel. Der Entwurf kennt, wie schon oben hervorgehoben ist, keinen allgemeinen Rechtsbegriff des „Wertpapiers". Auch der Unterbegriff des „Inhaberpapiers" aber ist für ihn kein einheitlicher Rechtsbegriff. Er faßt zwar im Sachenrecht und sonst mitunter die Inhaberpapiere als besonders geartete Sachen zusammen, für welche eigentümliche Rechtssätze gelten. Allein das gemeinsame innere Wesensmerkmal, das die Inhaberpapiere zu einem Rechtsinstitut stempelt, ist für ihn nicht vorhanden. Er weiß nichts davon, daß es sich bei allen Inhaberpapieren um eine eigenartige rechtliche Verknüpfung eines Rechtsverhältnisses mit einer beweglichen Sache handelt und daß hierin die Unterwerfung eines an und für sich dazu ungeeigneten Rechts unter sachenrechtliche Schicksale, zugleich aber auch eine mit Rücksicht hierauf angezeigte Umbildung einzelner Sätze des Mobiliarsachenrechts begründet ist. So fehlt ihm denn auch die Möglichkeit,

[1]) Unabhängig von dem zu Grunde gelegten Theorem sind die Bestimmungen des § 583 über konkurrierende Ansprüche auf die ausgesetzte Belohnung (über das Unzureichende derselben vgl. Bähr S. 402). Ebenso die besonderen Vorschriften des § 584 über die Ausschreibung von Preisbewerbungen. Wenn der Entwurf im § 583 Abs. 1 einen eignen Satz für nötig hält, der die Anwendung „der Vorschrift des § 583 Abs. 1" auf eine solche Auslobung untersagt, so zeigt dies wieder, auf wie viel Buchstabeninterpretation und wie wenig gesunden Menschenverstand er rechnet. Denn dieser Satz ist nur da, um zu verhindern, daß unter mehreren rechtzeitig eingegangenen Preisarbeiten nicht die würdigste, sondern die zuerst fertiggestellte prämiiert werde! Und doch wird nachher noch ausdrücklich gesagt, daß es auf Preiswürdigkeit ankommt.

[2]) Vgl. S. Jacoby in Hirths Annalen des Deutschen Reichs 1888 S. 581 bis 623. Koch, Heft 4 der Beiträge S. 36—45; Kohlhaas, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 209—224.

für die Begründung und Beendigung, Übertragung und Geltendmachung der Rechte aus Inhaberpapieren allgemein anwendbare Rechtssätze aufzustellen. Indem er das Recht am Papier und das Recht aus dem Papier auseinanderreißt, greift er aus den möglicherweise in einem Inhaberpapier verkörperten Rechtsverhältnissen lediglich das Schuldverhältnis heraus und ordnet dasselbe ohne Zuhülfenahme des Wertpapiergedankens durch eine Anzahl rein obligationenrechtlich basierter Regeln. Inwieweit diese Regeln auch für nicht obligationenrechtliche Inhaberpapiere, für welche sie zum Teil schlechthin unpassend, zum Teil dagegen offenbar mitberechnet sind, eine maßgebende Bedeutung entwickeln sollen, bleibt völlig ungewiß[1]). Ja auch innerhalb des obligationenrechtlichen Bereiches erheben sich Zweifel über ihre Tragweite. So läßt sich nicht mit Bestimmtheit ersehen, ob unter den Begriff der Schuldverschreibung auf den Inhaber" auch die „Anweisung auf den Inhaber" (z. B. der Inhaberscheck) fallen soll. Prüfen wir nun aber den Inhalt dieses deplacierten Titels, so müssen wir auch dann, wenn wir unseren Gesichtskreis auf die Schuldverschreibungen in Inhaberpapierform einschränken, das vom Entwurfe vorgeschlagene Recht für die ungesunde Geburt einer formalistischen Theorie erklären. Zwei Fehlgedanken sind es vor allem, welche dieses Recht verdorben haben. Zuvörderst legt der Entwurf den Vorschriften über die Begründung der Schuldverhältnisse aus Inhaberpapieren die extremste „Kreationstheorie" zu Grunde. Als Verpflichtungsgrund soll das einseitige Versprechen gelten, dieses aber soll bereits mit der Fertigstellung der Urkunde vollzogen sein (§ 686). Demgemäß wird der Aussteller auch verpflichtet, wenn ihm das Inhaberpapier vor der Ausgabe gestohlen oder von ihm verloren oder sonst wider seinen Willen in den Verkehr gelangt ist (§ 687)[2]). Die Motive behaupten, daß die Verkehrssicherheit unbedingt die Annahme dieses Prinzips heische (S. 697). Allein dieselben Motive führen ja doch aus, daß nach § 689 keine Verpflichtung entstehen soll, sobald die Ausstellung selbst ungültig, das Inhaberpapier z. B. von einem Geschäftsunfähigen ausgestellt oder bei dem Aussteller zur Zeit der Ausstellung ein wesentlicher Willensmangel vorhanden war (S. 699). Solche Mängel kann man

[1]) Durch das E. G. Art. 8 wird nur die entsprechende Anwendung der §§ 692—700 (Kraftloserklärung, Zahlungssperre, Umschreibung) auf Aktien, die auf Inhaber lauten, ausdrücklich vorgeschrieben.

[2]) Vgl. hiergegen auch Koch S. 38, der jedoch den redlichen Erwerber schützen will. — Für den Entwurf Kohlhaas S. 212.

dem Papier sowenig ansehen wie den Mangel der Emission. Ist es mit der Verkehrssicherheit verträglich, daß ein von einem Wahnsinnigen ausgestelltes Inhaberpapier ungültig ist, so wird der Verkehr es auch ertragen, wenn das von einem Wahnsinnigen ausgegebene Inhaberpapier ebenso behandelt wird, obschon der Emittent zur Zeit der Niederschrift der Urkunde noch bei Vernunft war. Und wo liegt für das praktische Leben der große Unterschied zwischen den vor der Ausgabe gestohlenen und den gefälschten Inhaberpapieren, welche letzteren die Verkehrssicherheit noch weit stärker bedrohen und gleichwohl auch vom Entwurf für nichtig erachtet werden müssen? Eine absolute Gefahrlosigkeit des Erwerbes jedes beliebigen Inhaberpapieres ließe sich eben nur auf Kosten der obersten Grundsätze der Gerechtigkeit herstellen! So reichen denn die Rücksichten auf den Verkehr nicht aus, um den unserem Rechtsbewußtsein widersprechenden Satz zu begründen, daß jemand aus einem Versprechen haftet, das er niemals „abgegeben" hat, — aus einer Willenserklärung, deren er sich nicht entäußert, die er gewissermaßen nach Art eines Monologes oder eines Tagebucheintrages nur an sich selbst gerichtet hat. Verlangt man aber zur Entstehung einer Verpflichtung die Emission des Inhaberpapieres, so stehen die zur „Emissionstheorie" ermäßigte Kreationstheorie und die „Vertragstheorie" einander nicht mehr allzufern. In doppelter Hinsicht wird man sogar stets an Gedanken festhalten müssen, welche von der Kreationstheorie entwickelt sind. Die Ausstellung ist wirklich ein Kreationsakt, indem sie zwar noch kein Rechtsverhältniß, wohl aber die objektive Unterlage eines solchen, eine mit besonderen rechtlichen Eigenschaften begabte Sache schafft. Und die Emission unterscheidet sich von einer gewöhnlichen Versprechensabgabe, indem sie das Versprechen in seiner sachlichen Verkörperung völlig von der Person des Versprechenden löst und dergestalt verselbständigt in die Außenwelt sendet, daß nun das Papier als sein alleiniger Träger seine ferneren Schicksale bestimmt und jedem fähigen Erwerber als einem möglichen Destinatär die Gelegenheit zum Erwerbe des verbrieften Rechtes in papiergemäßer Gestalt bietet. Allein bevor das Papier einen Nehmer gefunden hat, der es erwerben kann und will, ist kein Schuldverhältnis begründet, weil es an einem Gläubiger fehlt, ein Schuldverhältnis ohne Gläubiger aber eine widersinnige Vorstellung ist. Gelingt es dem Emittenten, das Papier, das er zur Post gegeben, vor Abgang derselben zurückzuerlangen, so ist er niemals verpflichtet gewesen. Somit gehört zur Begründung des Schuldverhältnisses

außer der Weggabe eine entsprechende Hinnahme, und auch hier verpflichtet nicht das einseitige, sondern das angenommene Versprechen. Angebot und Annahme empfangen durch die Beschaffenheit ihres Behikels ein besonderes Gepräge, die Elemente eines Vertragsschlusses aber sind vorhanden. Der Entwurf hätte also den Gedanken des Vertrages festhalten und den Widerspruch vermeiden sollen, in welchen er durch seine jetzigen Bestimmungen nicht nur mit seinen eignen allgemeinen Voraussetzungen, sondern auch beispielsweise mit den die deutsche Wechselordnung beherrschenden Prinzipien tritt. Ungleich bedenklicher jedoch ist der zweite Fehlgriff des Entwurfes: die Durchführung der Theorie, welche den „jeweiligen Inhaber" zum wahren und alleinigen Gläubiger stempelt (§ 685)! Diese Theorie hat nichts als ihre scheinbare Einfachheit und bei oberflächlicher Betrachtung etwa noch den Wortlaut des Inhaberpapieres für sich. Sie ist aber schlechthin unnatürlich, ja eigentlich unmöglich. Mit ihr ist die doch vom Entwurfe selbst anerkannte Möglichkeit, Inhaberpapiere zu verpfänden, zum Nießbrauch hinzugeben, zu verleihen, in Verwahrung zu geben u. s. w., im Grunde unvereinbar! Formell bleibt es ja freilich denkbar, in allen solchen Fällen das „Recht aus dem Papier" von dem „Recht am Papier" völlig loszureißen und den Fortbestand eines Rechtes am Papier trotz vollkommenen Überganges des Rechtes aus dem Papier anzunehmen. Allein was ist denn das Inhaberpapier ohne die in ihm steckende Gläubigerschaft? Ein wertloser Fetzen! Und welche sonderbare Zumutung ist es, daß wir uns den Kassenboten, der Inhaberpapiere zur Zahlstelle trägt, als Gläubiger der ihm anvertrauten Million vorstellen sollen! Welch verkehrter Gedanke, daß ich ein Inhaberpapier nicht einmal aus Neugier in die Hand nehmen kann, ohne auf kurze Zeit zum Gläubiger zu werden! Welch ein Schlag ins Angesicht der Sittlichkeit, daß die Rechtsordnung feierlich dem Diebe das im gestohlenen Inhaberpapier verbriefte Forderungsrecht zuspricht! Wenn das konsequente „juristische Denken" derartige Früchte zeitigt, so ist freilich jede Hoffnung auf eine Übereinstimmung des Juristenrechts mit dem Volksbewußtsein eitel! Und doch liegt die richtige Auffassung überaus nahe, ist längst gefunden und fast schon ein Gemeingut der Wissenschaft und der Praxis geworden. Aus dem Gedanken des Wertpapiers in der Anwendung auf das obligationenrechtliche Inhaberpapier ergiebt sich von selbst, daß die Schicksale des Gläubigerrechts durch die sachenrechtlichen Schicksale des Papiers bestimmt werden müssen. Nicht dem jeweiligen Inhaber,

sondern dem jeweiligen Eigentümer des Papiers steht das Forderungsrecht selbst zu, während Pfandrecht oder Nießbrauch am Papier zugleich Pfandrecht oder Nießbrauch an der Forderung begründen. Wie aber die rechtliche und die thatsächliche Herrschaft über eine Sache auseinanderfallen können, so führt hier eine Spaltung von Eigentum und Besitz am Papier auch zu einer Scheidung des Forderungsrechtes und der Möglichkeit seiner Geltendmachung. Der Papiereigentümer, welcher nicht Inhaber ist, kann sein Forderungsrecht sowenig ausüben, wie der Eigentümer das verliehene Pferd reiten oder den ihm gestohlenen Rock tragen kann. Der Papierinhaber, welcher nicht Eigentümer ist, kann das fremde Forderungsrecht ausüben. Er kann zu dieser Ausübung, sei es für sich (wie der Pfandgläubiger), sei es für den Gläubiger (wie der Beauftragte), berechtigt sein. Er kann aber das Forderungsrecht auch rechtswidrig ausüben und es hierdurch genau so konsumieren, wie der Dieb, welcher das gestohlene Brot verzehrt, das Eigentum daran vernichtet. Dem Entwurfe liegen deutschrechtliche Anschauungen zu fern, als daß eine derartige Auffassung in seinen Horizont treten könnte[1]). Er führt mit radikaler Folgerichtigkeit sein mechanisches Prinzip durch und findet sogar den Mut, ausdrücklich in § 687 den alles sittliche Gefühl empörenden Satz aufzustellen: „Der Aussteller darf dem Inhaber derselben die Leistung nicht deshalb verweigern, weil dieser die Schuldverschreibung in unredlicher Weise erworben hat"[2]). Allerdings wird durch § 689 insoweit eine Ausnahme begründet, als dem Aussteller diejenigen Einwendungen vorbehalten werden, welche sich in dem zwischen ihm und dem Inhaber bestehenden persönlichen Rechtsverhältnisse gründen. Ich brauche also wenigstens demjenigen nicht zu leisten, der mir ein von mir ausgestelltes Inhaberpapier präsentiert, welches er mir soeben aus der Tasche gezogen hat. Ist aber das Inhaberpapier vor meinen Augen einem anderen gestohlen, so muß ich dem Diebe unweigerlich zahlen. Bei meiner Kenntnis der Unredlichkeit des Präsentanten werde ich nun freilich nicht Eigentümer des mir ausgehändigten Papiers und gerate in Gefahr, daß der Bestohlene mit der Eigentumsklage gegen

[1]) Die Motive gehen auf abweichende Ansichten hier überhaupt nicht ein. Die gesamten neueren Untersuchungen über Wertpapiere, die Arbeiten Goldschmidts, Brunners u. s. w., werden nicht nur nicht erwähnt, sondern auch inhaltlich vollkommen ignoriert.

[2]) Hiergegen vgl. E. Jacoby a. a. O., Koch S. 38. Für den Entwurf Kohlhaas S. 212 ff.

mich obsiegt. Allein der Entwurf kommt mir zu Hülfe, indem er ein nach Ausweis der Motive (S. 698) gerade auf solche Fälle berechnetes besonderes Recht gewährt, das Papier zu „vernichten" (§ 688)[1]. Wo bleiben da Treue und Glaube? Das Inhaberpapier ist ja allerdings striktes „Legitimationspapier", so daß der Inhaber ohne weiteres als legitimiert gilt, die Leistung zu empfangen. Der Aussteller verweigert daher die Leistung dem Inhaber stets auf seine Gefahr. Aber soll er sie deshalb nicht verweigern „dürfen", wenn der scheinbar Berechtigte in Wahrheit ein Unberechtigter ist? Selbst wenn er auf bloßen Verdacht hin die Zahlung beanstandet, wird man ihm doch für den Fall, daß der Verdacht sich als begründet erweist, keine Verantwortlichkeit wegen Nichterfüllung aufbürden können! Und wenn der Aussteller nicht bloß zweifelt, sondern mit Sicherheit weiß, daß der Vorzeiger des Inhaberpapiers unredlich handelt, ist er nach den Anforderungen der Rechtsidee, über die sich kein Gesetzgeber hinwegsetzen soll, zur Verweigerung der Leistung nicht bloß berechtigt, sondern sogar verpflichtet! — Bei einer so verfehlten Behandlung der Grundfragen, durch welche die Praxis gewaltsam in unheilvolle Bahnen gedrängt werden würde, gewährt es geringen Trost, daß der Entwurf in einer Reihe von Punkten brauchbare Vorschläge für ein einheitliches deutsches Recht der Schuldverschreibungen auf Inhaber macht. So die aus dem Charakter des Inhaberpapiers als „Präsentationspapier" folgenden Sätze (§ 688); die Begrenzung der gegen die Forderung zulässigen Einwendungen (§ 689); die relative Verselbständigung der Zinsscheine (§ 690); die abweichende Behandlung der Erneuerungsscheine (Talons) im Sinne rein accessorischer Papiere (§ 698). Desgleichen die allgemeine Zulassung der Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens nebst der Festsetzung der Ausnahmen (§ 693); die Einfügung und Regelung des Instituts der Zahlungssperre (§ 694); die Ordnung der Wirkungen des Ausschlußurteils (§§ 695—696); die bei Zinsscheinen, Rentencoupons und Gewinnanteilscheinen zum Ersatz der hier ausgeschlossenen Amortisation gegebenen Vorschriften (§ 697)[2]. Auch für den Vorschlag, die Umwandlung des Inhaberpapiers in ein Namenpapier lediglich im Wege einer vom Belieben des Ausstellers abhängigen Umschreibung durch diesen zuzulassen

[1] Über dieses Vernichtungsrecht vgl. S. Jacoby a. a. O., Koch S. 39.

[2] Einzelne Bedenken bei S. Jacoby S. 604 u. 609, Kohlhaas S. 217 bis 222, Koch S. 40—41 (besonders gegen § 697). — Zu § 697 Abs. 1 vgl. übrigens E. G. Art. 60.

(§ 700, dazu E. G. Art. 105), sprechen gute Gründe, obwohl in Preußen und anderswo die eingebürgerte private oder behördliche Außerkurssetzung vielfach schmerzlich vermißt werden würde[1]). Nicht unbedenklich ist die Einführung subsidiärer gesetzlicher Erlöschungsfristen für die Ansprüche aus Schuldverschreibungen auf Inhaber (§ 691), wobei zwar die Zeitfristen den Verjährungsfristen gleich bemessen sind, jedoch die Erlöschung durch Zeitablauf und die Verjährung nebeneinander als selbständige Institute in Geltung stehen sollen und somit sich ein ziemlich verwickelter Zustand ergiebt (Motive S. 703 ff.)[2]). Daß Beginn und Lauf der Erlöschungsfrist wie der Verjährungsfrist durch die richterliche Zahlungssperre bis zur Erledigung des Aufgebotsverfahrens gehemmt werden sollen (§ 694), ist zu billigen; abzulehnen aber sind die beigegebenen Motive (S. 708), welche im Einklange mit der verfehlten Grundauffassung des Entwurfes davon ausgehen, daß „an sich" jeder Verlust der Inhabung für den Gläubiger den Untergang des Forderungsrechtes selbst, nicht etwa bloß eine Behinderung in der Geltendmachung desselben bewirkt. Wenn der Entwurf die Ausgabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber im allgemeinen freigiebt, jedoch eine Ausnahme hinsichtlich der auf eine bestimmte Geldsumme lautenden Inhaberpapiere macht, die bei Vermeidung der Richtigkeit und einer Schadenersatzpflicht des Ausstellers nicht ohne Staatsgenehmigung in den Verkehr gebracht werden sollen (§ 701), so schließt er sich hier dem im größten Teile Deutschlands bereits geltenden Recht an. Doch büßt diese Einschränkung einen Teil ihres Wertes dadurch ein, daß die Centralbehörde jedes Einzelstaates zur Erteilung einer für das ganze Reichsgebiet wirksamen Genehmigung an jede beliebige Person ermächtigt wird, mithin z. B. eine Berliner Aktiengesellschaft sich das Recht zur Ausgabe von Prioritätsobligationen in einem der mitteldeutschen Fürstentümer holen kann. Die vorgeschriebene Publikation im Deutschen Reichsanzeiger, von der ohnehin die Wirksamkeit der Genehmigung nicht abhängen soll, ermäßigt nur wenig die naheliegenden Bedenken gegen eine derartige Zuständigkeitsordnung[3]). — In § 702 erklärt der Entwurf die allgemeinen Vorschriften über Schuldverschreibungen auf Inhaber auch auf Billete, Karten, Marken

---

[1]) Für den Entwurf Koch S. 41—43. Gegen denselben S. Jacoby S. 607 ff.

[2]) Vgl. Kohlhaas S. 216—217.

[3]) Vgl. Koch S. 43—44 (Vorschlag einer Reichsinstanz). — Bedenken gegen den § 701 überhaupt bei Kohlhaas S. 210—211.

und ähnliche Urkunden insoweit für anwendbar, als „der Wille des Ausstellers erhellt, dem jeweiligen Inhaber zu einer Leistung verpflichtet zu sein". Die Motive (S. 722) erachten diese Gesetzesbestimmung für erforderlich, weil beim Schweigen des Gesetzes solche meist der Unterschrift entbehrenden und den Inhalt des Schuldverhältnisses nur unvollständig andeutenden Urkunden in Zukunft nicht mehr mit der bezweckten Wirkung ausgegeben werden könnten. Im übrigen beklagen sie die bei der Vielgestaltigkeit des Verkehres unvermeidliche „Unvollkommenheit" der aufgestellten Gesetzesregel. In der That würde dieselbe der Praxis, insoweit sie ihr nicht etwas bisher als selbstverständlich Betrachtetes sagt, keinen irgend haltbaren Stützpunkt bieten, wohl aber durch die Verweisung auf die gerade hier besonders unpassenden Vorschriften der §§ 686 und 687 ein unerträgliches Joch auferlegen [1]). Die ganze Ausführung der Motive ist ein unfreiwilliges Plaidoyer für das Gewohnheitsrecht, dessen Abschaffung hier in ihrer vollen Verkehrtheit beleuchtet wird. — Schließlich erkennt der Entwurf neben den echten Inhaberpapieren in § 703 die auf Namen lautenden oder doch auf eine bestimmte Person als Gläubiger hinweisenden „qualifizierten Legitimationspapiere" (Motive S. 722) an und legt hier der Inhaberklausel nur die Wirkung bei, daß der Schuldner berechtigt ist, sich durch Leistung an den Inhaber zu befreien. Aus der Fassung des § 703 wird man bei der ganzen sonstigen Haltung des Entwurfes auch hier den bei Sparkassenbüchern, Leihhausscheinen und manchen in diese Kategorie gehörigen Karten und Marken besonders anstößigen Satz folgern müssen, daß der Schuldner ohne Nachteil auch wissentlich an den Dieb oder sonstigen unredlichen Vorzeiger leisten kann [2]). — Über Namenpapiere mit der alternativen Inhaberklausel enthält der Entwurf sowenig eine Bestimmung wie über Namenpapiere mit der Klausel „oder an den getreuen Inhaber" [3]) oder der Orderklausel.

Unter den Verträgen mit konkret bestimmtem Gehalt ist das Darlehen (Tit. 3) überaus kurz behandelt (§§ 453—458). Vornehmlich kommen hier allgemeinere Sätze zur Anwendung, von denen die oben besprochenen Regeln über Zinsen gerade beim Darlehen

[1]) Ähnlich Koch S. 44. A. M. Kohlhaas S. 223.

[2]) Das Gegenteil ist mit Recht in dem Erk. des Landgerichts Dresden v. 8. Febr. 1887 (bei Seuff. Bd. 42 Nr. 320) angenommen. — Zu § 703 vgl. E. G. Art. 61 u. Koch S. 44—45, Kohlhaas S. 223—224.

[3]) Daß sie noch vorkommen, beweist das Erk. des R.-O.-H.-G. v. 2. Febr. 1878, Bd. 23 S. 293 ff. (Seuff. Bd. 36 Nr. 285).

am bedenklichsten wirken müßten. Schon von anderer Seite ist die Festsetzung einer einheitlichen Kündigungsfrist von sechs Wochen anstatt der im preußischen Recht nach der Größe des Darlehens gemachten Unterscheidung (§ 457) als unangemessen gerügt. Von derselben Seite ist mit Recht hervorgehoben, wiewenig es mit einem gesunden Rechtsgefühl harmoniert, daß derjenige, welcher die Hingabe eines Darlehens versprochen hat, auch dann zur Auszahlung desselben gezwungen werden soll, wenn bereits zur Zeit des Versprechens eine ihm unbekannte Zahlungsunfähigkeit des anderen Teiles vorlag (§ 458 u. Motive S. 315)[1]).

Ausführlich verbreitet sich der Entwurf in Tit. 4 über **Kauf und Tausch** (§§ 459—475)[2]). Es entspricht der deutschen und modernen Auffassung, daß als Inhalt der Verpflichtung des Verkäufers nicht bloß in römischer Weise die Verschaffung des Genusses (des habere licere), sondern die Verschaffung des Eigentums oder des sonst etwa verkauften Rechtes gelten soll (§ 459)[3]). Ein noch wichtigeres Zugeständnis an das deutsche Recht enthalten die Regeln über den Übergang der Gefahr auf den Käufer (§§ 463—465). Dabei wird das Prinzip durchgeführt, daß die Gefahr erst mit der Übergabe der Sache (bei Grundstücken jedoch auch schon mit der etwaigen früheren Eintragung in das Grundbuch) übergeht. Hinsichtlich der Transportgefahr wird die durchaus sachgemäße Ordnung

---

[1]) Vgl. den Artikel in der National-Zeitung Jahrg. 1888 Nr. 517. — **Koch** S. 29—30 wünscht die Aufnahme einer Bestimmung über Darlehn in Wertpapieren.

[2]) Sehr beachtenswert sind die Einwendungen **Bährs** a. a. O. S. 386 bis 390 gegen die gesetzliche Definition von Kauf und Tausch als ausschließlich in der Gestalt des Konsensualvertrages denkbarer Rechtsgeschäfte und die Nichtbeachtung der zahllosen Fälle, in denen ohne vorherige Vereinbarung durch den Austausch von Leistung und Gegenleistung ein Kauf oder Tausch vollzogen wird und deshalb die Regel, daß der Käufer die Zahlung des Kaufpreises zu beweisen hat, nicht gelten dürfte. Das römische Schema wirkt eben beengend und verwirrend nach, obwohl es mit dem Wegfall seiner Voraussetzungen alle lebendige Bedeutung eingebüßt hat. Vgl. im übrigen zu diesem Titel **Hachenburg** S. 146—149 (er wünscht Aufnahme von Vorschriften über den Eigentumsvorbehalt); **Laband** S. 299—323; **Bernhöft** S. 52—59 (gegen die Begriffsbestimmung in § 460 und die Verzinsungspflicht nach § 467); **Koch** S. 30—31 (für Aufnahme des Marktpreises in § 461).

[3]) Zustimmend **Laband** S. 301 u. 302 ff. Daß daneben dem Verkäufer die Verpflichtnng zur Übergabe obliegt, wird von **Laband** als begründet dargethan. — Dagegen mißbilligt **Laband** S. 303—312 die durch § 459 Abs. 2 statuierte besondere „Abnahmepflicht“ des Käufers. Ähnlich **Hachenburg** S. 147.

des Handelsgesetzbuches übernommen, dessen Vorbild auch in einigen anderen Punkten befolgt ist[1]). Bedauerlich ist, daß nicht auch beim Kauf auf Probe oder Besicht die Sätze des Handelsgesetzbuches einfach wiederholt, sondern anstatt ihrer recht doktrinär gefaßte und der Mißdeutung ausgesetzte Regeln aufgestellt sind (§§ 471—473)[2]). Vollkommen beseitigt werden die Anfechtungsrechte wegen Verletzung über die Hälfte und die Beschränkungen des Kaufs der Früchte auf dem Halm. — Eingehend normiert der Entwurf den „Wiederkauf" (II) und den „Vorkauf" (III). Dabei hält er streng an der rein persönlichen Wirkung des Wiederkaufsrechtes und des Vorkaufsrechtes fest. Ein dingliches Wiederkaufsrecht kennt er überhaupt nicht, das dingliche Vorkaufsrecht an Grundstücken behandelt er im Gegensatz zum Preußischen Landrecht als von dem persönlichen Vorkaufsrecht vollkommen getrenntes Institut. Das Wiederkaufsrecht erklärt er der Regel nach für übertragbar und vererblich (Motive S. 341) das Vorkaufsrecht dagegen für unübertragbar und unvererblich (§§ 486—487)[3]). — In überaus umständlicher und künstlicher, jedoch unzureichender und unpraktischer Weise regelt der Entwurf den „Erbschaftskauf" (IV)[4]). Den Gedanken eines Verkaufes des Erbrechtes selbst lehnt er ab, weil derselbe „juristisch nicht zu begründen" sei (Motive S. 353). Da er aber den Begriff eines Sondervermögens nicht kennt, so kann er auch nicht auf irgend einer anderen Grundlage eine Übertragung der Erbschaft als eines Ganzen statuieren. Er nimmt daher nur eine obligationenrechtliche Verpflichtung des Erben zur Übertragung der einzelnen zur Erbschaft gehörigen Vermögensbestandteile an und läßt den Übergang des Vermögens durch eine Fülle besonderer Veräußerungshandlungen zu stande kommen. Die mißlichen Konsequenzen eines solchen Systems, die in keiner Weise der Parteiabsicht entsprechen und beiden Teilen

[1]) Zustimmend zu den §§ 463—465 Laband S. 301 u. 313—318, der nur den Übergang der Gefahr stets mit dem Übergange des Eigentums und daher bei Grundstücken unbedingt mit der Eintragung verknüpfen will. Mancherlei Bedenken dagegen erhebt Bernhöft S. 44—52, der das römische Prinzip vorziehen würde. Entschieden für das römische Recht kämpft G. Hartmann S. 385 bis 388.

[2]) Vgl. Unger, Zeitschr. f. das Privat- u. öff. R. der Gegenw. Bd. 15 S. 18 Note 41; Laband S. 319—320; Bernhöft S. 57.

[3]) Über einzelnes Laband S. 320—322, Bernhöft S. 57—58.

[4]) Bähr S. 390 ff. — Für wesentliche Kürzung Laband S. 322—323. Vgl. auch L. Goldschmidt S. 128—129, Hachenburg S. 150—151, Bernhöft S. 58—59.

überflüssige und lästige Formalitäten aufladen, sind bereits von Bähr ausgemalt worden[1]). Man mag ja darüber streiten, ob der vom Preußischen Landrecht zu Grunde gelegte und auch von Bähr verfochtene Gedanke einer Abtretung des Erbrechtes selbst zu halten ist. Soviel aber ist gewiß, daß den Gegenstand der Veräußerung hier nicht eine Summe von Einzelbefugnissen, sondern das Recht an der Erbschaft als einem Vermögensganzen bildet. Erkennt man daher einmal den Erbschaftskauf als rechtsbeständig und wirksam an, so muß man auch, unbeirrt durch doktrinäre Bedenken, den Übergang der Erbschaft als eines Ganzen eintreten lassen. Eine Universalsuccession unter Lebenden, wie die Motive meinen, wird damit nicht eingeführt. Wohl aber eine Sondernachfolge in das Recht an einem Vermögensinsbegriff, wie sie dem deutschen Recht von je geläufig war und dem modernen Recht unentbehrlich ist. Daß hierdurch weder der obligationenrechtliche Inhalt des Vertrages ausgetilgt noch den Ansprüchen Dritter gegen den Erben präjudiziert wird, bedarf keiner näheren Ausführung. Auf solcher Grundlage hätte sich ein ungleich einfacheres und brauchbareres Recht aufbauen lassen. Übrigens würden die Bestimmungen über den Erbschaftskauf und die in den §§ 500—501 erwähnten verwandten Geschäfte passender in das Erbrecht gestellt. Ihre Aufnahme in das Obligationenrecht beruht wieder auf rein doktrinären Gründen. — Auf den „Tauschvertrag" (V) sollen die Regeln über den Kaufvertrag entsprechende Anwendung finden (§ 502)[2]).

Über die der „Miete und Pacht" (Tit. 5) im Entwurf widerfahrene Behandlung (§§ 503—548) können wir uns kurz fassen. Die Hauptsünde des Entwurfes in dieser Materie haben wir schon oben als ein besonders augenfälliges Symptom seines Geistes besprochen und bekämpft. Inzwischen hat die öffentliche Meinung sich in so entschiedener Weise gegen die Sätze „Kauf bricht Miete" und „Kauf bricht Pacht" erklärt, ist das deutsche Recht mit so überzeugender Kraft von hervorragender und zwar gerade von romanistischer Seite verfochten worden, daß es verlorene Mühe wäre, noch einmal in eine nähere Erörterung des Gegenstandes einzutreten[3]). Insbesondere bietet bei dieser Sachlage eine Würdigung

[1]) Besser sorgt der Entwurf durch die freilich von seinem Standpunkt aus inkonsequente Bestimmung des § 497 für die Nachlaßgläubiger und sonstigen dritten Berechtigten.

[2]) Bekker S. 48—49 rügt, daß der Begriff des Tausches unbestimmt bleibt.

[3]) Vgl. in den Verhandlungen des 19. deutschen Juristentages die Gut-

der umständlichen und verkünstelten Vorschriften, welche den Mietern und Pächtern einen kümmerlichen Ersatz für das ihnen versagte Recht auf die Sache selbst verschaffen sollen (§§ 509—512), kein aktuelles Interesse. Wird aber durch eine Umschmelzung des Entwurfes in diesem wichtigsten Punkte das Miets- und Pachtrecht auf eine deutschrechtliche Grundlage gestellt, so wird dasselbe auch in manchen anderen Punkten eine neue Gestalt empfangen müssen[1]). Denn das Miets- und Pachtrecht des Entwurfes trägt nicht nur überall seine romanisierende Grundtendenz zur Schau, sondern wird auch in besonders hohem Maße durch ein schablonenhaftes und doktrinäres Wesen und eine abstrakte und unvolkstümliche Fassung entstellt. Ungünstig wirkt auf Form und Inhalt dieses Titels schon die Abneigung des Entwurfes gegen eine Sonderung und Differentiierung der Miets- und Pachtverhältnisse nach ihrem Gegenstande ein. Miete und Pacht werden freilich getrennt; doch macht sich selbst hier das Streben nach möglichster Uniformität bemerkbar, unter welchem namentlich die Pacht, die mit einer Reihe verweisender oder modifizierender Zusätze zum Mietsrecht abgefunden wird, zu

achten von Eck Bd. 2 S. 229—248 und von Fischer Bd. 2 S. 312—449, sowie den im Sinne derselben gefaßten einstimmigen Beschluß Bd. 3 S. 35—74 u. 301 bis 305; Artikel der Vossischen Zeitung Jahrg. 1888 Nr. 188, 195 u. 209; Bähr S. 393 ff.; Kloppel a. a. O. Bd. 32 S. 856 ff.: Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit S. 104—122; L. Jacobi, Arch. f. bürg. R. Bd. 2 S. 31—62; Boyens, Gutachten S. 695 ff.; Dickel a. a. O. S. 17; Jhering, Besitzwille S. 458 u. 463; auch Bernhöft S. 72—73 (der nur eine historische Rechtfertigung des römischen Rechts unternimmt). Dagegen spricht v. Meibom in seinem Gutachten für den 19. Juristentag Bd. 2 S. 1—34 sich für den Entwurf aus und will denselben nur durch Zulassung einer verdinglichenden Eintragung und durch eine dem Erwerber hinsichtlich des Eintritts in die bestehenden Miets- und Pachtverhältnisse auferlegte Erklärungspflicht ergänzen. G. Hartmann S. 388—391 tritt auch hier für das römische Recht ein und fordert eine Ausnahme nur bei der Pacht von Landgütern. Opitz S. 56—60 will sich mit dem unbedingten Schutz des Mieters oder Pächters gegen den das Miets- oder Pachtverhältnis kennenden Erwerber begnügen. Krech S. 5 Anm. 2 hält die Zulassung der Eintragung für ausreichend. — Über die Notwendigkeit eines Schutzes des Mieters oder Pächters auch im Falle der Subhastation des Grundstückes oder des Konkurses des Vermieters oder Verpächters vgl. Klöppel a. a. O. S. 861, Fuchs S. 118, Boyens S. 705—709, 714—715, 740—741 (er will jedoch nur das eingetragene Miets- und Pachtrecht gegen nachstehende Gläubiger schützen), sowie jetzt besonders die Gutachten für den 20. Juristentag von Jäckel Bd. 2 S. 263—311 und Fischer ebenda S. 312—352.

[1]) Eingehend begründete Vorschläge in diesem Sinne macht Boyens, Gutachten S. 693—746. Dieselben leiden indes an einer stark kapitalistischen Tendenz und sind namentlich in Ansehung der ländlichen Pacht unzureichend.

leiden hat. Mit einer gewissen Absichtlichkeit werden die Unterschiede der Miete wie der Pacht in Ansehung beweglicher und unbeweglicher Sachen verwischt und die gleichwohl unvermeidlichen Sonderbestimmungen für den einen oder anderen Fall durcheinander geworfen. Die Miete unbeweglicher Sachen erscheint fast durchweg nur als solche oder als Miete „eines Grundstückes", ohne daß auch nur in Erwägung gezogen würde, ob nicht die Miete eines ganzen Grundstückes oder Hauses in manchen Beziehungen anders zu behandeln wäre als die Miete einzelner Räumlichkeiten eines Gebäudes. Für die Wohnungsmiete wird eine einzige besondere Bestimmung (über das Kündigungsrecht versetzter Beamten und Militärpersonen in § 527) getroffen; die sehr zweckmäßige Vorschrift vieler geltender Rechte, welche hier insoweit, als Abweichungen von der gesetzlichen Regel vereinbart werden, die Schriftform fordern, wird beseitigt[1]; weder dem Ortsgebrauch oder Ortsstatut noch dem Landesgesetz wird der hier mit Rücksicht auf lokale Gewohnheiten und Bedürfnisse gebotene freie Spielraum (z. B. hinsichtlich der Kündigungsfristen und der Ziehzeiten) gewährt — mit alleiniger Ausnahme eines im Einführungsgesetz (Art. 58) enthaltenen Vorbehaltes zu Gunsten polizeilicher Regelung der Räumungsfristen. Bei der Pacht werden neben allgemeinen Regeln über die Pacht eines „Gegenstandes" (§§ 531—534 und 538) besondere Sätze für die Pacht eines „Grundstückes" (§§ 535—537), von denen einige zugleich für die Pacht eines „Rechtes" gelten (§ 537), und eine größere Anzahl specieller Vorschriften für die Pacht eines „landwirtschaftlichen Grundstückes" (§§ 539—546 und 548), dagegen nur eine einzige eigentümliche Regel für die Pacht eines „Landgutes" (§ 547) aufgestellt. Die Viehpacht wird überhaupt nicht erwähnt, der Eisernviehvertrag, dem der Entwurf schon wegen seiner Ablehnung des Begriffes der Gesamtsache nicht gewogen sein konnte, bleibt ungeregelt und der dem französischen Recht und einigen Partikularrechten angehörige Begriff der Viehverstellung wird verworfen. Hier überall aber soll nicht etwa ein den Entwurf ergänzendes Gewohnheitsrecht oder Landesrecht fortgelten, sondern lediglich die Herrschaft der im Gesetzbuch ausgesprochenen allgemeinen Prinzipien Platz greifen. Bei einer derartigen Vorliebe für eine schablonenhafte Uniformität wird der Entwurf vielfach mehr den Bedürfnissen einer glatten Doktrin als den Anforderungen des Lebens und den Interessen der Beteiligten

[1] Boyens S. 709—710 wünscht das Erfordernis der Schriftform für alle über ein Jahr hinaus erstreckten Miets- und Pachtverträge.

gerecht. Im allgemeinen kommt er infolge seiner romanisierenden Grundtendenz begreiflicherweise den Vermietern und Verpächtern ungleich weiter entgegen als den Mietern und Pächtern. Doch fehlt es auch nicht an Bestimmungen, welche geeignet sind, berechtigte Interessen der Vermieter und Verpächter zu schädigen[1]). Härter werden die Mieter und Pächter getroffen. Von Einzelheiten abgesehen[2]), ist die in den heutigen Großstädten brennend gewordene

[1]) So z. B. die Anerkennung des bei der Wohnungsmiete unerträglichen und deshalb im Preuß. A. L. R. I 21 § 397 mit Recht ausgeschlossenen Zurückbehaltungsrechtes des Mieters an der Wohnung (Motive S. 402) sowie des entsprechenden Zurückbehaltungsrechtes des Pächters (vgl. gegen dasselbe Opitz S. 61 bis 63), — zumal in Verbindung mit dem Satz, daß der Mieter oder Pächter wegen notwendiger Verwendungen unbedingt und wegen nicht notwendiger Verwendungen nach den Regeln der negotiorum gestio Ersatz fordern kann (§ 514; dazu Bähr S. 396—397, Boyens S. 716—717). Sodann die Streichung der in den natürlichen Verhältnissen der häuslichen Gemeinschaft begründeten preußischrechtlichen Regel, nach welcher das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters auch die eingebrachten Sachen der am Mietgebrauch teilnehmenden Frau und Kinder des Mieters ergreift (Motive S. 405, vgl. für das preuß. Recht Boyens S. 724; gänzlich unannehmbar ist dagegen der Vorschlag von Cohn, Gutachten S. 159 ff., das Pfandrecht des Vermieters auf sämtliche vom Mieter mit Willen des bisherigen Inhabers eingebrachte fremde Sachen, von denen der Vermieter nicht wußte, daß sie nicht Eigentum des Mieters sind, auszudehnen; eher annehmbar sind in dieser Hinsicht die Vorschläge von Boyens S. 724—728). Desgleichen der ungenügende Schutz des Vermieters oder Verpächters im Falle der Untervermietung oder Unterverpachtung, welche stets (außer bei der Teilpacht) zulässig sein soll und bei welcher dann zwar der Untervermieter oder Unterverpächter für das Verschulden des Aftermieters oder Afterpächters haftet, der Hauptvermieter oder Hauptverpächter aber dem letzteren gegenüber jeder unmittelbaren Berechtigung und, falls er nicht Eigentümer ist, sogar der Räumungsklage entbehrt (Motive S. 397—398); vgl. hiergegen Boyens S. 718—723, der vielmehr die Unzulässigkeit der Übertragung des Miets- und Pachtrechtes zur Regel erheben und nur teils zu Gunsten des unfreiwillig am Gebrauch gehinderten Mieters oder Pächters teils zu Gunsten der Gläubiger desselben gewisse Ausnahmen machen will. Vgl. ferner Bähr S. 293 zu § 504 und S. 398 zu § 522. — Vornehmlich für den Vermieter, unter Umständen aber auch für den Mieter, kann die Regel beschwerlich werden, daß die Kündigung nur bis zum Ablauf des letzten Tages des Kündigungsquartals und nicht in Gemäßheit des Preußischen Landrechtes noch innerhalb der drei folgenden Tage oder mindestens am ersten Tage des neuen Quartals zulässig sein soll (vgl. Motive S. 411, Bähr S. 398).

[2]) So scheint es fast, als solle der Mieter oder Pächter vom Tage der Fälligkeit des Miets- oder Pachtzinses an Verzugszinsen schulden (vgl. Bähr S. 397 zu § 517). Und dem Vermieter oder Verpächter wird das Recht unverzüglicher Exmission eingeräumt, sobald der Mieter oder Pächter auch nur mit einem Teil des Zinses für zwei Termine sich einen Augenblick im Verzuge befindet (§ 528 Z 2, Motive S. 417, Bähr S. 398).

Frage, ob es nicht gesetzlicher Einschränkungen der Vertragsfreiheit bei der Wohnungsmiete zum Schutz gegen Mietstyrannei und Mietswucher bedarf, nicht einmal in Erwägung gezogen. Das dem römischen Recht entstammende gesetzliche Pfandrecht des Vermieters oder Verpächters an den eingebrachten Sachen des Mieters oder Pächters und des Verpächters an den Früchten wird in überaus scharfer Zuspitzung reproduziert (§§ 521 u. 543). Dasselbe soll nicht etwa bloß wegen rückständiger Miets- oder Pachtzinse, sondern wegen sämtlicher Forderungen aus dem Vertragsverhältnis und somit auch wegen künftiger Ansprüche bestehen[1])! Der Vermieter oder Verpächter empfängt daher das Recht, jederzeit die Entfernung aller Sachen des Mieters oder Pächters auch ohne Anrufen des Gerichts zu hindern, im Falle der Räumung des Grundstückes aber dieselben an sich zu nehmen. Nur eine im regelmäßigen Geschäftsbetriebe oder in den gewöhnlichen Lebensverhältnissen begründete Wegschaffung bleibt frei, so daß, wie die Motive S. 408 erläutern, ein Mieter ungehindert Waren aus seinem Laden verkaufen, reparaturbedürftige Sachen zur Ausbesserung aus dem Hause schicken und einen Koffer mit auf die Reise nehmen kann. An den heimlich oder gegen den Widerspruch des Vermieters oder Verpächters entfernten Sachen besteht das Pfandrecht fort. Der Vermieter oder Verpächter kann vom Mieter oder Pächter deren Zurückschaffung oder Auslieferung fordern. Die zur Abwendung der Ausübung des Pfandrechtes zugelassene Sicherheitsleistung kann nicht durch Bürgen erfolgen. Alle diese schneidigen Sätze, die den Mieter oder Pächter fast in eine Art von Grundhörigkeit bringen, werden nur durch die eine Beschränkung abgestumpft, daß unpfändbare Sachen dem Pfandrecht nicht unterworfen sein sollen. Hierdurch würde freilich ein geradezu schreiender Mißstand beseitigt, den die gegenteilige Annahme der Praxis vielfach hervorgerufen hat[2]). Allein diese Einschränkung genügt nicht, um das Recht des Haus- oder Grundherrn auf dasjenige Maß zurückzuführen, welches mit den socialen, wirtschaftlichen und sittlichen Geboten unserer Zeit und mit dem Interesse der Allgemeinheit an der

[1]) Hiergegen vgl. auch Opitz S. 60—61.

[2]) Vgl. Eck, Festgabe für Rudolf von Gneist zum Doktorjubiläum am 20. Nov. 1888, Berlin 1888, S. 251—278. Dagegen will Boyens S. 728—731 auch an unpfändbaren Sachen ein Pfandrecht des Vermieters oder Verpächters anerkannt wissen und nur den Verkauf derselben erst nach fruchtlosem Ablauf einer dreimonatlichen Einlösungsfrist gestatten.

Erhaltung geordneter Hausstände vereinbar ist[1]). Es kommt hinzu, daß auch anderen Gläubigern des Mieters gegenüber der Vermieter durch dieses maßlos ausgedehnte Pfandrecht in eine unbillige Vorzugslage gebracht wird. Wer ein Geschäftslokal für einen hohen Mietzins auf 10 Jahre vermietet hat, vermag, während er selbst durch den Verkauf des Hauses die Miete zerbrechen kann, vielleicht die ganze Habe des Mieters für seine künftigen Ansprüche festzulegen oder aber nach Belieben dem einen Gläubiger den Zugriff zu gestatten und den anderen daran zu verhindern. Bei der Pacht will der Entwurf das in fast ganz Deutschland geltende Recht des Pächters auf Zinsnachlaß wegen Mißwachses und sonstiger außerordentlicher Unglücksfälle völlig abschaffen (§ 534). Daß er ein von seinem Standpunkt aus so irrationelles, „des rechtlichen Fundamentes entbehrendes, bloß auf Billigkeit beruhendes Recht" verwirft und über die ruinierten Pächter mit der Bemerkung, sie hätten sich besser „vorsehen" sollen, zur Tagesordnung übergeht (Motive S. 424), entspricht seinem formalistischen Radikalismus. Mit dem Wohl und Wehe der Menschen hat eine konsequente Rechtsordnung eben nichts zu thun; am wenigsten schuldet sie dem kleinen Manne, der die von ihr gebotenen Geschäftsformen nicht richtig zu benützen verstand, irgend eine Rücksicht[2]). Dem Pächter wird ferner im Einklang mit der romanistischen Grundauffassung lediglich ein obligationenrechtlicher Anspruch auf Eigentumserwerb an den Früchten gewährt. Vermittels einer sehr künstlichen juristischen Konstruktion bringt der Entwurf es freilich zu Wege, den Eigentumserwerb des Pächters nicht erst durch eine besondere Besitzergreifung, sondern schon durch die Trennung der Früchte von der Hauptsache vor sich gehen zu lassen[3]). Die Früchte auf dem Halm aber spricht er dem Grund-

[1]) Boyens S. 732 will wenigstens die Ausübung des Pfandrechts auf das zur Deckung der Forderung erforderliche Maß und zunächst auf die entbehrlicheren Sachen einschränken.

[2]) Für den Zinsnachlaß trefflich G. Hartmann S. 358—359. A. M. Boyens S. 735 u. 736.

[3]) Der Fruchterwerb des Pächters wird bezeichnenderweise nicht im Pachtrecht, sondern durch die im Sachenrecht enthaltene, abstrakt gefaßte Vorschrift des § 901 Abs. 2 geregelt. Zu ihrem Verständnis gehört die Erläuterung der zu Grunde liegenden juristischen Konstruktion durch die Motive III S. 368: der durch die „Einräumung der Innhabung" geschlossene „dingliche Vertrag" schließt kraft gesetzlicher Auslegung eine „Vertragsofferte" hinsichtlich des Eigentumserwerbes an den zu trennenden Bestandteilen in sich; diese Offerte kann durch „stillschweigende Willenserklärung" angenommen werden; als „stillschweigende

eigentümer und somit möglicherweise auch dessen Gläubigern zu! Den deutschen Gedanken, daß die Früchte der Lohn der Arbeit sind, kennt er überhaupt nicht. Wir kommen später darauf zurück, wie er hiermit bei der gesamten Ordnung des Fruchterwerbes den richtigen Weg verfehlt. Was immer aber er im übrigen bestimmen wollte: dem Pächter mußte er jedenfalls ein dingliches Anrecht auf die durch seine Mühe und Aussaat erzeugten Früchte gewähren! Er mußte ihm ein klares und schlechthin gesichertes Recht auf dasjenige, was ihm gebührt, einräumen und durfte sich nicht begnügen, ihm durch allerlei juristische Kunststücke „einige Sicherheit" (wie die Motive III S. 369 sagen) zu schaffen. Auch die Bestimmungen des Entwurfes hinsichtlich der Mitübernahme eines landwirtschaftlichen Inventars nach einer Taxe (§ 544) sind nicht befriedigend; sie fügen dem Gesetzestext künstliche juristische Behelfe ein, um etwas wie eine Gesamtsache herauszubringen, und berücksichtigen nur den Fall, in welchem trotz des Übergangs der Gefahr auf den Pächter das Eigentum am Inventar beim Verpächter bleiben, nicht aber den Fall, in welchem das Eigentum auf den Pächter übergehen und diesem nur die Restitution eines gleichen Sachinbegriffs obliegen soll. Daß die Pacht nicht gleich der Miete durch den Tod des Pächters für beide Teile in der gesetzlichen Frist kündbar werden soll (§ 538), ist angesichts der Erheblichkeit persönlicher Eigenschaften sowohl für die Möglichkeit wie für die Ersprießlichkeit eines landwirtschaftlichen Betriebes schwerlich zu billigen[1]). Andererseits ist kaum ein Grund einzusehen, warum sowohl bei der Miete wie bei der Pacht eine ausdrücklich vereinbarte Bindung für einen längeren Zeitraum als 30 Jahre oder die Lebenszeit eines Teiles für kraftlos erklärt wird (§ 523). Die Motive sagen, diese Bestimmung sei „aus volkswirtschaftlichen Gründen für erforderlich erachtet, um die Erbmiete oder ein dieser ähnliches Verhältnis auszuschließen" (S. 413). Warum die „Volkswirtschaft" länger währende vererbliche Miet- oder Pacht-

Annahme hat schon die Fortsetzung der Innehabung zur Zeit der Trennung zu gelten"; der „Widerruf der Vertragsofferte" gilt als ausgeschlossen, „solange die Verpflichtung des Eigentümers zur Gestattung der Fruchtziehung besteht"; der bindende Vertragsantrag geht auf einen Rechtsnachfolger des Eigentümers insoweit über, als überhaupt die Verpflichtungen aus der Verpachtung auf ihn übergehen. Dazu fügt dann § 902 noch besondere Vorschriften, um auch dem Pächter, der nicht unmittelbar vom Eigentümer gepachtet hat, dem Afterpächter u. s. w. die gleichen Rechte zu sichern. Ist das eine gesunde Jurisprudenz? — Zu § 901 vgl. Strohal S. 447 ff.

[1]) A. M. Boyens S. 736.

rechte durchaus verbietet, führen sie nicht weiter aus[1]). Für die dem Entwurfe allein bekannte Art von Nationalökonomie ist die Verderblichkeit solcher Verhältnisse eine von selbst einleuchtende Wahrheit. Es ist dieselbe Nationalökonomie, die keinerlei „Gründe" entgegenzusetzen hatte, als der Entwurf sich für die Sätze „Kauf bricht Miete" und „Kauf bricht Pacht" entschied.

Bei der Ordnung der „Gebrauchsleihe" (Tit. 6) schließt der Entwurf sich im wesentlichen an das römische Recht an (§§ 549 bis 558). Insbesondere hält er, weil für ihn „Leihe" die Übersetzung von „Kommodat" ist, streng an dem Merkmal der Unentgeltlichkeit fest und schließt daher im Widerspruch mit dem deutschen Sprachgebrauch und den Anschauungen des Lebens eine Reihe von Leiheverhältnissen vom Begriff der Gebrauchsleihe aus, um sie dem Begriff der Miete zu unterstellen. So verlangt er z. B., daß bei den „sogenannten" Leihbibliotheken von dem „Vermieten" und „Mieten" von Büchern gesprochen werde[2]). Er verfehlt auch nicht, eine besondere Bestimmung hinzuzufügen (§ 558), um dem römischen precarium den Schein einer begrifflichen Fortexistenz zu retten.

Unter der Überschrift „Dienstvertrag und Werkvertrag" (Tit. 7) behandelt der Entwurf den Dienstvertrag (I), den Werkvertrag (II) und den Mäklervertrag (III), während er sich der Aufstellung besonderer Rechtssätze über den Trödelvertrag mit Recht enthält (Motive S. 516—518). Wir haben schon davon gesprochen, wie wenig hier der Entwurf sich mit den im deutschen Arbeitsrecht teils verwirklichten und teils nach Gestaltung ringenden Gedanken erfüllt, wie das von ihm vorgeschlagene gemeine Recht überhaupt nur durch die Ausscheidung einer Fülle ganz anders fundamentierter Sonderrechte möglich wird, wie unheilvoll aber der Widerspruch zwischer dieser abstrakten gemeinrechtlichen Schablone und den lebendigen Sonderrechtsbildungen der Gegenwart und einer hoffentlich nahen Zukunft wirken müßte. Selbst wenn wir jedoch hiervon absehen und den Blick nur auf die ausschließlich dem gemeinen Recht unterworfenen Lebensverhältnisse richten, können wir die Bestimmungen dieses Titels nicht als befriedigend anerkennen[3]). Der

[1]) Auch für Boyens S. 736 versteht es sich von selbst, daß eine „gesunde Berücksichtigung volkswirtschaftlicher Grundsätze" den § 523 notwendig macht.

[2]) Vgl. hierüber Jastrow, Tägliche Rundschau Jahrg. 1888 Nr 254 Beilage S. 1014.

[3]) Eingehend zu diesem Titel Löwenfeld, Gutachten S. 858—932, der vor allem die Gleichstellung der liberalen Berufsarten mit den gewerblichen

„Dienstvertrag" (§§ 559—566) wird, obwohl er nicht „Dienstmiete" heißt, durchweg und ohne Unterscheidung der sogenannten „operae liberales" von den gemeinen Diensten nach Analogie der Sachmiete geregelt, auf deren Recht die Motive bei allen einzelnen Punkten ausdrücklich Bezug nehmen[1]). Von den wenigen oben S. 104 bereits erwähnten Bestimmungen, welche auf den Schutz der Persönlichkeit abzielen, geht die Begrenzung der Zeitdauer einer unkündbaren Dienstverpflichtung nicht einmal weit genug, da der Ausschluß des Kündigungsrechtes für zehn Jahre hinreichen kann, um die Freiheit des Dienstverpflichteten unerträglich einzuengen und ihm jede weitere Lebensaussicht abzuschneiden. Insbesondere müßte den auf Lebenszeit angestellten Privatbeamten die Befugnis offengehalten werden, jederzeit nach sechsmonatlicher Kündigung ihre Stellung aufzugeben (vgl. Schweizer Obligationenrecht Art. 345). Wird ja doch auch der lebenslänglich angestellte Staatsbeamte nicht auf längere Zeit gebunden. Andererseits ist die bei Dienstverträgen auf unbestimmte Zeit unterschiedslos auf zwei Wochen normierte gesetzliche Kündigungsfrist (§ 563) für zahlreiche Dienstverhältnisse höherer Ordnung viel zu kurz bemessen. Wenn das Preußische Landrecht bei Erziehern und Erzieherinnen, Privatsekretären, Kaplänen und anderen Personen, die mit erlernten Wissenschaften oder Künsten im Hause Dienste leisten, eine Kündigungsfrist von einem Vierteljahre festsetzt, so hätte der Entwurf sich wahrlich besinnen sollen, ob er dafür ein Recht einführen durfte, nach welchem alle solche Personen mangels anderer Abrede vierzehn Tage nach der Ankündigung aus dem Hause gejagt werden können[2]). Diese durchgehende Kündigungsfrist von zwei Wochen ist um so unangemessener, als nach dem Entwurf auch das auf bestimmte Zeit eingegangene Dienstverhältnis im Falle der stillschweigenden Fortsetzung als ein Dienstverhältnis auf unbestimmte Zeit gelten soll (§ 565), während jede einsichtige Gesetzgebung hierbei

---

Arbeitsleistungen tadelt und für sie eine besondere Ordnung in einem eigenen Titel verlangt. Vgl. ferner Bernhöft S. 59—71.

[1]) Vgl. hiergegen Löwenfeld S. 896 ff. — Zu § 561 rügt Mataja S. 277 die unzulängliche Entschädigung des ungerecht entlassenen Arbeiters, zu § 566 die Unbestimmtheit der Fassung. — Verfehlt ist der Änderungsvorschlag Polands zu § 562. — Koch S. 30 wünscht hinsichtlich der Vergütung eine Verweisung auf Taxen.

[2]) Vgl. hierüber namentlich den Artikel in der Nationalzeitung Jahrg. 1888 Nr. 517. — Vgl. auch Schweizer Obligationenrecht Art. 343.

auf die frühere Dienstzeit Rücksicht nehmen muß[1]). Der Entwurf aber will Uniformität und keine „Kasuistik" und opfert lieber die Interessen wichtiger und des gesetzlichen Schutzes besonders würdiger und bedürftiger Gesellschaftsklassen, als daß er sich seine abstrakte Schablone durch irgend eine den konkreten Lebensverhältnissen angepaßte Bestimmung verdirbt! So enthält er denn namentlich auch nicht einen einzigen Rechtssatz, welcher für die mit dem Eintritt in die Hausgemeinschaft verbundenen Dienstverhältnisse etwas Besonderes anordnete. Keinerlei Fürsorgepflicht in Krankheitsfällen, wie sie hier z. B. das Schweizer Obligationenrecht Art. 341 Abs. 2 kennt, wird dem Dienstherrn auferlegt. Jede Regelung der Ersatzpflicht des Dienstherrn hinsichtlich der im Dienste erlittenen Schäden fehlt. Am meisten würden daher unter dem Recht des Entwurfes solche dienenden Glieder eines fremden Hausstandes leiden, die nicht als „Gesinde" durch ein besonderes landesgesetzliches Gesinderecht vor dem gemeinen Recht gerettet werden können. Das Preußische Landrecht betrachtet sie als Familienglieder und widmet ihnen in seinem Familienrecht (II 5) fürsorgliche Bestimmungen: in Zukunft unterliegen sie einem nach dem Muster der Sachmiete gebildeten Schuldrecht. Aber auch zahlreiche andere dauernde Dienstverhältnisse, die nicht ein gütiges Geschick dem Bereiche des gemeinen Rechtes entrückt, würden insoweit, als beim Vertragsschluß nicht die gehörige „Vorsicht" angewandt ist, einer für sie unpassenden gesetzlichen Ordnung verfallen. — Minder verfehlt ist die Regelung des **Werkvertrages** (§§ 567—579)[2]). Doch sind auch hier beispielsweise die Vorschriften über die Haftung für Mängel, wobei das Schema der Gewährleistung bei Sachveräußerungen übertragen ist (§§ 569—572), nicht durchweg zu billigen. Vor allem ist hier der Satz, daß dem Besteller des Werkes bei dessen Abnahme keinerlei Prüfungs- und Rügepflicht obliegt, noch

---

[1]) Dies thut z. B. das sächs. Gesetzb. § 1234 und das schweiz. Obligationenrecht Art. 342 (doch mit Beschränkung der Verlängerung auf höchstens ein Jahr).

[2]) Vgl. **Bähr** S. 399 ff.; **Hachenburg** S. 151—154; **Löwenberg** a. a. O. (er verlangt auch hier die Ausscheidung des „immateriellen" Werkvertrages, vgl. S. 919); **Bernhöft** S. 60 ff. — Gegen die in § 568 aufgestellte römische Regel, nach welcher im Falle der Beschaffung des Stoffes durch den Übernehmer mangels anderer Abrede die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden sollen, erklärt sich **Ehrenberg**, Jahrb. f. Dogm. Bd. 27 S. 253—292; er vertritt mit guten Gründen den Vorschlag, vielmehr eine Vermutung für den Werkvertrag aufzustellen. A. M. **Bernhöft** S. 67—70, der auch hier das römische Recht verficht.

um vieles unerträglicher als der entsprechende Satz beim Kaufe[1]). Sodann bedarf die Regel, daß der Werkmeister bis zur Abnahme des Werkes die Gefahr trägt (§ 576), einer Einschränkung im Sinne der vom Preußischen Landrecht (I 11 § 967) gemachten Ausnahme bei Bauten auf dem Grund und Boden des Bestellers: man kann gerechterweise dem Baumeister nicht den Schaden aufbürden, wenn das fertige Haus vor der Übergabe durch Blitzstrahl oder Überschwemmung vernichtet wird[2]). Ganz ungehörig ist es ferner, daß der Entwurf dem Besteller nicht nur bis zur Vollendung des Werkes ein freies Rücktrittsrecht einräumt, sondern ihm auch im Falle des willkürlichen Rücktritts nicht gleich allen anderen dasselbe Recht statuierenden Gesetzgebungen die Verbindlichkeit zu vollem Schadenersatz, sondern lediglich die Verpflichtung zu der bedungenen Gegenleistung abzüglich der vom Werkmeister ersparten Aufwendungen und der durch die freigewordene Arbeitskraft erlangten Vorteile auferlegt (§ 578). Wie schwer kann durch diese Bestimmung, welche die Motive rein doktrinär begründen (S. 503), ein junger Künstler geschädigt werden! Ein weiterer erheblicher Mißgriff, von dem wir im Sachenrecht noch reden werden, ist der Mangel eines gesetzlichen Pfandtitels des Werkmeisters an unbeweglichen Sachen. Und wenn schließlich die Vorschriften für den auf Herstellung oder Veränderung einer Sache gerichteten Vertrag mit gewissen „Maßgaben" auf jeden Vertrag, welcher „einen anderweiten durch Arbeitsleistung oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolg zum Gegenstand hat", entsprechende Anwendung finden sollen (§ 579), so ist sehr zu bezweifeln, ob hiermit die Praxis eine richtige und ausreichende Anleitung zur Würdigung der mannigfachen Arbeitsgeschäfte empfängt, die unter diesen Begriff des „Werkvertrages im weiteren Sinne" (Motive S. 506 ff.) fallen. — Hinsichtlich des **Mäklervertrages** beschränkt sich der Entwurf auf die in überaus schwerfälliger Form

[1]) Vgl. **Bähr** S. 398—401. Auch hinsichtlich des dem Besteller wegen eines nicht zu beseitigenden wesentlichen Mangels eingeräumten Rücktrittsrechtes erregen die Bestimmungen des Entwurfes bei Bauten Bedenken; vgl. **Bähr** zu § 569 S. 399, **Ehrenberg** S. 266, **Bernhöft** S. 69. Höchst verkünstelt in der Fassung sind die Regeln des § 571 über die Verjährung der „Ansprüche" wegen Mängel; der letzte Absatz dieses Paragraphen wird erst verständlich, wenn man aus den Motiven (S. 487—488) erfahren hat, welche subtilen Gründe den Entwurf gehindert haben, das Rücktrittsrecht beim Werkvertrage gleich dem Wandlungsrecht beim Kauf „als Anspruch zu konstruieren".

[2]) Vgl. **Bähr** S. 401, G. **Hartmann** S. 391—392 (mindestens für den Fall der vis major bedarf es einer Änderung).

vorgetragene Bestimmung, daß der Mäklerlohn nur verdient ist, wenn das vermittelte Geschäft zu stande kam (§ 580)[1].

Bei der Regelung des „Auftrags" (Tit. 9) trennt der Entwurf das obligationenrechtliche Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten vollständig von der damit etwa begründeten Vollmacht. Wie er daher die Vollmacht als selbständiges Rechtsinstitut im Allgemeinen Teil erledigt hat, so behandelt er hier den Auftrag unabhängig von der Vollmachtserteilung und ohne Unterscheidung der Aufträge mit und ohne Vollmachtswirkung (§§ 585—604). Von der römischen Mandatslehre weicht er nur durch Aufnahme einiger im Handelsrecht schon durchgeführter moderner Grundsätze ab. So soll eine Vergütung vereinbart werden können und unter Umständen als stillschweigend vereinbart gelten (§ 586)[2]. Und der Auftrag soll im Zweifel durch den Tod des Auftraggebers oder den Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit nicht erlöschen (§§ 599—600). Den preußischrechtlichen Begriff eines besonderen Verwaltungsvertrages kennt er nicht[3].

Ganz modern sind die vorgeschlagenen Rechtssätze über Anweisung (Tit. 10). Sie beziehen sich ausschließlich auf die schriftliche Anweisung und behandeln dieselbe unter Verallgemeinerung der im Handelsverkehr entwickelten Auffassung als ein selbständiges, formales, dem materiellen Grund und Zweck nach ungleichartig verwendbares Rechtsgeschäft (§§ 605—613). Ob sich die handelsrechtlichen Grundsätze zur Übertragung auf den bürgerlichen Verkehr

[1]) Vgl. Hachenburg S. 155 (er wünscht eine Vorschrift, welche dem Mäkler im Falle erfolgloser Bemühungen wenigstens den Ersatz seiner Auslagen sichert); Bernhöft S. 71; Koch S. 31.

[2]) Hierdurch wird nun freilich die Abgrenzung des Auftrages gegen andere Verträge überaus schwierig; vgl. Laband S. 223—326, Bernhöft S. 61 u. 63 ff., Löwenfeld S. 860 ff. Der letztere will den entgeltlichen Auftrag dem Dienstvertrage gleichstellen, ein Sonderrecht nur für den unentgeltlichen Auftrag aufrichten, jedoch den Begriff eines nicht als Entgelt zu behandelnden Honorars einführen; vgl. S. 870—888.

[3]) Um so gewichtiger sind die Bedenken Bährs S. 402 ff. zu § 591 gegen den Mangel aller näheren Bestimmungen über die geschuldete Rechnungsablage sowie gegen die Ablehnung einer Verpflichtung des Rechnungspflichtigen zum Offenbarungseide; vgl. G. Hartmann S. 391. — Bei § 587 hätte der Entwurf dem Vorbilde des H. G. B. Art. 323 und der meisten modernen Gesetzbücher nicht untreu werden sollen; eine „Fiktion", wie die Motive meinen, ist es nicht, wenn das Schweigen als Annahme gilt, wo das Reden im Falle der Ablehnung Pflicht war; vgl. über § 587 auch Laband S. 326—328. — Einzelne Bedenken zu § 589 u. § 595 bei Laband S. 328—331.

eignen, mag man billig bezweifeln. Und zwar um so mehr, als nach § 605 den Gegenstand einer solchen Anweisung nicht bloß eine Zahlung oder Lieferung vertretbarer Sachen, sondern jede beliebige „Leistung" bilden kann. Immerhin würden die Bestimmungen des Entwurfes insoweit, als sie sich nur auf die Wirkungen der Anweisung als solcher beziehen, keinen wesentlichen Schaden stiften. In hohem Maße bedenklich aber ist die in § 607 ausgesprochene verpflichtende Kraft des Anweisungsacceptes. Jede schriftliche Annahmeerklärung auf der Anweisung soll den Angewiesenen dem Anweisungsempfänger papiergemäß zur Leistung obligieren. Das Anweisungsaccept soll stets einen genauso selbständigen und strengen Verpflichtungsgrund bilden wie nach geltendem Recht das Wechselaccept und das Accept der kaufmännischen Anweisung. Ausdrücklich wird hinzugefügt, daß die Annahmeerklärung auch dann diese Wirkung haben soll, wenn sie nicht dem Anweisungsempfänger gegenüber abgegeben wurde, sondern sich bereits bei der Begebung der Anweisung auf der Urkunde befand. Neben dem oben besprochenen abstrakten Schuldversprechen in der Form des Verpflichtungs- oder Anerkennungsscheines erhalten wir also hier ein noch abstrakteres Schuldversprechen in Acceptform, von welchem die Motive selbst hervorheben, daß dabei eine noch strengere Haftung und eine noch gründlichere Loslösung der Verpflichtung von irgend einer causa eintritt (S. 560). Nicht bloß das Recht des eigenen Wechsels, sondern auch ein wesentliches Stück des Rechtes des gezogenen Wechsels wird generalisiert, von dem Zwange der Wechselklausel und der Gebundenheit an das Geldversprechen befreit und auf Papiere jeder Form und mit jedem beliebigen obligationenrechtlichen Inhalt übertragen. Daß hiermit die Gefahren der schrankenlosen Anerkennung des abstrakten Vertrages außerordentlich wachsen, liegt auf der Hand. Der geriebene Wucherer, welchen die beim einfachen Schuldversprechen dem Schuldner vom Entwurf gebotenen Verteidigungsmittel genieren, vermag dieselben dadurch lahm zu legen, daß er sich eine an einen Geschäftsfreund gerichtete Anweisung acceptieren läßt und diese zu gelegener Zeit begiebt. Die Anweisung braucht auch nicht auf eine bestimmte Geldsumme zu lauten, sie kann vielmehr beispielsweise für den Fall des Verzuges mit einer Zahlung die Übergabe einer Kuh oder die Auslieferung der gesamten zu erwartenden Getreideernte oder die Verrichtung beliebiger Dienste anbefehlen! Besteht nun etwa irgend ein praktisches Bedürfnis, neben dem Wechselaccept das Anweisungsaccept in dieser ungeheuerlichen

Ausdehnung in den bürgerlichen Verkehr einzuführen? Was dringend not thut, ist eine reichsgesetzliche Ordnung des Rechtes der kaufmännischen Anweisungen und insbesondere der Bankanweisungen oder Checks. Zu den Experimenten aber, die der Entwurf an unserem socialen Körper vornehmen will, hat ihn keinerlei praktische Erwägung, sondern lediglich doktrinäre Konsequenzmacherei getrieben[1]).

Bei dem „Hinterlegungsvertrag" (Tit. 11 §§ 614—625) weicht der Entwurf vom römischen Recht insofern ab, als er das Merkmal der Unentgeltlichkeit streicht (§ 615) und dem Verwahrer die Haftung für omnis culpa auferlegt (Motive S. 572). Das depositum irregulare will er in ziemlich gekünstelter Weise als einen Darlehnsvertrag angesehen wissen, bei welchem aber im Zweifel als vereinbart gilt, „daß in Ansehung der Zeit und des Ortes der Zurückgewährung die für den Hinterlegungsvertrag geltenden Vorschriften anwendbar sein sollen" (§ 618)[2])!

Ein eigener Titel (12) ist der „Einbringung von Sachen bei Gastwirten" gewidmet (§§ 626—628). Das receptum cauponum wird mit erheblichen Milderungen reproduziert. Der Gastwirt kann die Haftung ablehnen, wenn der Verlust oder die Beschädigung der eingebrachten Sache durch den Gast selbst oder einen Begleiter desselben oder eine von ihm aufgenommene Person verursacht oder durch die Beschaffenheit der Sache oder durch höhere Gewalt entstanden ist. Für die nicht zu den laufenden Bedürfnissen des Gastes dienenden Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten haftet der Gastwirt nur dann, wenn sie ihm zur Aufbewahrung übergeben sind oder er die Aufbewahrung abgelehnt hat oder der Schade von ihm oder seinen Leuten verschuldet ist[3]). Auch kann die Haftung durch Vereinbarung ausgeschlossen werden; ein Anschlag jedoch, durch welchen der Gastwirt die Haftung ablehnt, ist ohne rechtliche Wirkung.

[1]) Die Motive haben sowenig hier wie bei dem „Schuldversprechen" auch nur ein einziges Wort für die wirtschaftliche und sociale Seite der Sache übrig. Ebensowenig Laband S. 331—336, der diesen Titel sachlich und in der Fassung „vorzüglich" findet. Immerhin verwirft auch Laband die Ausdehnung des zulässigen Gegenstandes der Anweisung auf jede Art von Leistungen. Auch tadelt er, daß die Motive eine mündliche Anweisung anerkennen und auf eine solche die Regeln dieses Titels analog anwenden wollen. Noch über den Entwurf hinaus geht Labands Vorschlag, auch nichtkaufmännische Anweisungen der Orderklausel zugänglich zu machen.

[2]) Gegen dieses zwitterhafte Verhältnis vgl. Koch S. 32—33; er hält eine Sonderung vom Darlehnsvertrage für unnötig.

[3]) Eine bessere Fassung des § 627 schlägt Koch S. 35 vor.

Der Gastwirt seinerseits hat wegen seiner Forderungen für Wohnung und Bewirtung ein gesetzliches Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes. Alle diese Bestimmungen sind durchaus angemessen. Sie werden freilich von den Gastwirten bekämpft. Man kann es denselben auch kaum verdenken, daß sie sich gegen ein Ausnahmerecht wehren, welches sie mit einer singulären Verantwortlichkeit belastet. Indem die Motive selbst die Haftung der Gastwirte für ein höchst exceptionelles Institut erklären und eigentlich nur mit dem Hinweis auf die nun einmal im bisherigen positiven Recht anerkannten Regeln zu rechtfertigen wissen, liefern sie den Gegnern scharfe Waffen. Dagegen würde die Sache ein ganz anderes Aussehen bekommen, wenn der Entwurf nicht im übrigen durchweg eine Schadenersatzpflicht nur aus Verschulden entspringen ließe und vielmehr in weiterem Umfange dem Gedanken Raum gäbe, daß der Unternehmer eines Betriebes für das mit demselben verbundene besondere Risiko einstehen muß.

In welchem Geiste der Entwurf die „Gesellschaft" regelt (Tit. 13 §§ 629—659), haben wir im allgemeinen schon erwähnt. Die Einzelheiten sollen an anderer Stelle gewürdigt werden[1]). Hier seien nur die Grundzüge der vorgeschlagenen Ordnung skizziert. „Den Vorschriften des Entwurfes liegt — wie die Motive S. 591 sagen — die gemeinrechtliche (d. h. römische) Auffassung vom Begriffe und Wesen der Societät zu Grunde, wie auch die einzelnen durch den Gesellschaftsvertrag entstehenden Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen im wesentlichen im Anschlusse an gemeinrechtliche (d. h. römische) Grundsätze normiert sind". „Der Vertrag bezweckt und erzeugt nur ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Kontrahenten." „Im Verkehre mit Dritten kommt dem Gesellschaftsverhältnisse an sich keine Bedeutung zu." „Es besteht kein geschlossenes Gesellschaftsvermögen: den einzelnen Gesellschaftern steht das Vermögen zu bestimmten Anteilen zu." Diese Gedanken sind nach außen in voller Reinheit durchgeführt. Für Dritte giebt es keine Gesellschaft, sondern nur unverbundene Einzelne, die entweder zusammen „in Person" auftreten oder nach den gewöhnlichen Regeln über Vollmacht und Stellvertretung durch einen anderen vertreten werden. Der einem Gesellschafter erteilte Auftrag zur Geschäftsführung gilt in seinem Bereich im Zweifel zugleich als Vollmacht

[1]) In der Abhandlung über „Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe" im Entwurf.

zur Vertretung der übrigen Gesellschafter (§ 640). Soweit die Gesellschafter gemeinschaftlich berechtigt oder verpflichtet werden, sind sie Dritten gegenüber zu ideellen und zwar im Zweifel gleichen Anteilen berechtigt und verpflichtet (§ 642). Jeder Gesellschafter kann daher über einen Bruchteil jedes gesellschaftlichen Rechtes frei verfügen, einen Eigentumsanteil an den einzelnen Gesellschaftssachen veräußern oder belasten, eine Gesellschaftsforderung pro rata einklagen. Umgekehrt haften aus gesellschaftlichen Verbindlichkeiten lediglich die einzelnen Gesellschafter für sich zu je einem Bruchteil. Der Dritte, der sich mit einer „Gesellschaft" eingelassen zu haben glaubt, kann niemals verlangen, daß die Gesellschafter das ihm gegenüber in Gemeinschaft erworbene Recht nun auch gemeinschaftlich und nicht der eine heute und der andere morgen bruchstückweise geltend machen! Er kann ebensowenig wegen einer Forderung an die Gesellschaft zunächst einmal die Gesellschafter insgesamt auf Bezahlung aus dem Gesellschaftsvermögen belangen! Dafür können aber die Gesellschafter ihrerseits es niemals hindern, daß an Stelle eines Mitgesellschafters ein beliebiger Dritter sich in das Miteigentum an einer Gesellschaftssache oder die Teilhaberschaft an einem anderen gesellschaftlichen Recht hineinsetzt! Einzig und allein die aus dem Gesellschaftsvertrage selbst entspringenden Forderungen eines Gesellschafters gegen die übrigen Gesellschafter werden mit gewissen Ausnahmen als unübertragbar anerkannt (§ 644). Wenn so der Entwurf nach außen vor den letzten Konsequenzen seines Gesellschaftsprinzips nicht zurückscheut, so hält er nach innen die römische Auffassung zwar im Prinzip mit gleicher Schärfe fest, giebt sie aber thatsächlich durch die Einfügung einer Reihe von Sätzen aus dem System der deutschrechtlichen Gesellschaft und namentlich der offenen Handelsgesellschaft vielfach preis. Nur werden natürlich diese deutschrechtlichen Einschiebsel nirgend auf die gedankliche Grundlage des deutschen Rechts gestellt, sondern in kunstvoller Weise vom römischen Obligationenrecht her konstruiert. Stünde eine romanistische Doktordissertation und nicht ein deutsches Gesetzgebungswerk zur Beurteilung, so müßte man den Scharfsinn bewundern, der hier die Mittel ausfindig gemacht hat, das Gesellschaftsverhältnis lediglich auf eine Summe von Obligationen zwischen unverbundenen Individuen und von getrennten Kommunionsanteilen an einzelnen Gegenständen zu gründen und dennoch im Innern dieser Gesellschaft etwas wie eine personenrechtliche Verbundenheit und ein geschlossenes Sondervermögen zu stande zu bringen. Der Entwurf erblickt den

wesentlichen Inhalt des Gesellschaftsvertrages in der von ihm nach dem Vorbilde des Handelsgesetzbuches geordneten Beitragspflicht (§§ 629—630), hält aber die Annahme einer weitergehenden und die Persönlichkeit im ganzen ergreifenden Gebundenheit der Gesellschafter indirekt offen (§ 632). Er behandelt sämtliche aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Ansprüche gegen die Mitgesellschafter als gewöhnliche Forderungsrechte, erklärt sie jedoch, soweit sie nicht dem gesellschaftlichen Nexus entzogen sind, für unübertragbar (§ 644). Obwohl er, wie wir gesehen haben, dem Gesellschafter die freie Verfügungsmacht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen einräumt, verpflichtet er ihn doch gegenüber den übrigen Gesellschaftern, sich bis zur Auseinandersetzung jeder derartigen Verfügung zu enthalten, und entzieht ihm bis dahin zugleich die Teilungsklage (§ 645). Er läßt aus dem Gesellschaftsverhältnis als solchem keinerlei Organisation der Gesellschafter zu einer Personeneinheit hervorgehen (§ 634), sieht aber die Begründung einer solchen durch besondere Vereinbarungen, Aufträge und Bevollmächtigungen vor und trifft Bestimmungen über die etwa zugelassenen Mehrheitsbeschlüsse (§ 635), über die einem oder mehreren Gesellschaftern etwa übertragene Geschäftsführung (§§ 636—639) und Vertretung (§§ 640—641) und über die Kontrollbefugnisse des von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafters (§ 643). Die Zerbrechlichkeit der Gesellschaft hält er als Regel fest, so daß er insbesondere nicht einmal eine Kündigungsfrist festsetzt, ermöglicht jedoch ihren Bestand während längerer Dauer (§ 646 Abs. 2, §§ 648 und 650), erkennt die Vereinbarung ihrer Fortsetzung mit den Erben eines Gesellschafters (§ 652) oder unter den beim Ausscheiden eines Gesellschafters zurückbleibenden Gesellschaftern (§ 657) als wirksam an und läßt auch nach der Auflösung der Gesellschaft während der Auseinandersetzung das Gesellschaftsverhältnis unter den ehemaligen Gesellschaftern fortwirken (§ 655). Den Begriff eines Gesellschaftsvermögens lehnt er auch für das innere Verhältnis vollständig ab: die Gesellschaft als solche hat keinerlei vergemeinschaftende Wirkung, vielmehr muß jeder eingebrachte Gegenstand besonders übertragen und bei jedem Erwerb von Dritten das Anrecht aller Gesellschafter besonders begründet werden, damit eine Gemeinschaft entstehe (§§ 631 und 641); und die Gemeinschaft erschöpft sich in Kommunionsverhältnissen an den einzelnen Gegenständen, so daß die gemeinschaftlichen Sachen in einem Miteigentum zu ideellen Teilen stehen und jede gemeinschaftliche Forderung oder Schuld in Teilforderungen

oder Teilschulden zerfällt. Allein der Entwurf weiß im Verhältnis der Gesellschafter zueinander alle diese gesonderten Anteile unschädlich zu machen. Dem Gesellschafter ist, wie schon erwähnt wurde, bis zur Auseinandersetzung jede Verfügung über seinen Anteil verboten und die Möglichkeit der Realisierung desselben durch eine Teilungsklage entzogen. Die Auseinandersetzung selbst erfolgt nach handelsrechtlichem Vorbild in Gelde, so daß die Teilhaber der aufgelösten Gesellschaft trotz ihres Anteilsrechtes an allen einzelnen Gegenständen nur einen Anspruch auf einen dem Wert ihrer Anteile entsprechenden Geldbetrag haben (§ 656). Und auch der ausscheidende Gesellschafter hat nur den gleichen Geldanspruch: er bleibt freilich an sich im Besitz aller seiner Anteile, wird aber durch eine specielle Gesetzesvorschrift „verpflichtet, seinen Anteil an den gemeinschaftlichen Gegenständen den übrigen Gesellschaftern abzutreten“ (§ 658). So kommt nun freilich doch eine Art von Gesellschaftsvermögen heraus. Aber auf wie gewundenen Wegen! Und wie unbefriedigend ist zuletzt trotz aller Künstelei das Gesamtergebnis! Dem Entwurf selbst ist es denn auch keineswegs entgangen, wie wenig sein Gesellschaftsrecht den Anschauungen und Bedürfnissen unseres deutschen Rechtslebens Genüge leistet (Motive S. 632). Darum giebt er schließlich jeder zur „Betreibung eines Erwerbsgeschäftes“ errichteten Gesellschaft die Möglichkeit, sich vor solchem gemeinen Recht zu retten und dem Recht der „offenen Handelsgesellschaft“ zu unterstellen (§ 659). Dann aber muß sie das gesamte Recht der offenen Handelsgesellschaft mit seinem durchweg kaufmännischen Zuschnitt auf sich herabladen. Für zahlreiche Erwerbsgesellschaften ist dieses handelsrechtliche Gewand vollkommen ungeeignet. Die vom bürgerlichen Gesetzbuch geschaffene Rechtsnot wird sie trotzdem in die für sie gefährliche und vielleicht verderbliche Bahn drängen. Denn einen Mittelweg giebt es nicht. Will eine Gesellschaft nicht in das Handelsrecht übertreten oder ist sie hierzu, weil sie keine Erwerbsgesellschaft ist, nicht befähigt, so ist, wie die Motive ausdrücklich betonen (S. 600), „den Gesellschaftern auch nicht die Möglichkeit gegeben, die zwischen ihnen bestehende Gemeinschaft in einer an das System des preußischen oder französischen Rechtes bezw. H. G. B. sich anschließenden Weise zu begründen, insbesondere ein anomales Miteigentum zu schaffen“. „Anomal“ bedeutet in der Sprache der Motive hier wie so oft „deutschrechtlich“. Wieder also wird der deutsche Rechtsgedanke in das Sonderrecht verwiesen, während im gemeinen bürgerlichen Recht der römische Rechtsgedanke die Alleinherrschaft erobert und alle noch

lebendigen Reste oder neu hervorgetriebenen Sprößlinge des deutschen Gesellschaftsrechtes endgültig austilgt. Ausgetilgt werden die weit gesunderen, wenngleich einer Fortbildung bedürftigen Grundsätze des Preußischen Landrechts, des französischen Rechts und anderer Partikularrechte, welche sich dem deutschen Gesellschaftsbegriff annähern. Ausgetilgt aber wird auch das gesamte gemeine und partikuläre Gewohnheitsrecht, welches durch die Anerkennung verkehrsmäßig ausgebildeter „Modifikationen" des römischen Societätsrechts mancherlei deutschrechtlichen Gebilden — man denke nur an die nicht voll zu Körperschaften entwickelten oder doch vom positiven Recht nicht als Körperschaften gewürdigten Genossenschaften und Vereine — bisher wenigstens einigermaßen gerecht ward.

Es folgen ein paar Bestimmungen über „Leibrente" (Tit. 14), wobei der Versorgungsvertrag übergangen, die nähere Regelung des Altenteilsvertrages, wie schon erwähnt wurde, dem Landesrecht anheimgegeben wird (§§ 660—663).

Die Vorschriften über „Spiel und Wette" (Tit. 15), von deren unglücklicher Fassung bereits die Rede war (oben S. 42), schließen sich inhaltlich dem deutschen Recht an, welches ja auch allen anderen neueren Gesetzgebungen zu Grunde liegt. Sie sind indes nicht ausreichend [1]). Der Entwurf hätte die Fälle, in denen auch ein unvollkommenes Schuldverhältnis („Ehrenschuld") nicht anerkannt werden kann und deshalb die Zurückforderung des Geleisteten offen bleiben muß, ausdrücklich bezeichnen sollen. Was er hinsichtlich des über eine Spiel- oder Wettschuld erteilten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses bestimmt, mußte er auf das Anweisungsaccept ausdehnen. Die im geltenden Recht vielfach (z. B. im preußischen und schweizerischen Recht) durchgeführte Gleichstellung der Schuld aus einem wissentlich zu Spiel oder Wette gegebenen Darlehen oder Vorschuß mit der Spiel- oder Wettschuld hätte er nicht ablehnen dürfen. Er mußte ferner den Mut finden, ausdrücklich mindestens in demselben Umfange, in welchem dies im sächsischen Gesetzb. § 1482 (und im Dresdner Entwurf Art. 870) geschehen ist, die Differenzgeschäfte dem Spielrecht zu unterstellen, und durfte jedenfalls nicht unter allerlei nichtigen Vorwänden und die Sachlage mehr vertuschenden als scharf ins Auge fassenden Erwägungen (Motive S. 647) sich jeder Entscheidung in der vielumstrittenen Frage der Klagbarkeit der Differenzgeschäfte enthalten. Endlich durfte er auch

[1]) Eine Begriffsbestimmung des Spiels vermißt Bekker S. 49—50.

nicht den Lotterievertrag nebst dem Ausspielgeschäft mit der in ihrer jetzigen Fassung sich seltsam genug ausnehmenden Bestimmung des § 665 abfertigen, welche nicht nur für die Lösung zahlreicher auf diesem Gebiet aufgetauchter Streitfragen keinen Anhalt gewährt, sondern auch die in einzelnen Staaten bisher geltenden positiven Rechtssätze über Lotteriewesen ohne Ersatz beseitigt. Insbesondere ist es nicht zu billigen, daß die durchaus zweckmäßigen Vorschriften des preußischen Rechts wegfallen sollen, welche auch bei der erlaubten Lotterie eine Klage aus Spielschuld gegen die einzelnen Spieler ausschließen und somit auch hier nur das Spiel mit barem Einsatz unter den Schutz der Rechtsordnung stellen. Mit der doktrinären Erwägung der Motive (S. 648), dies führe „zu einem negotium claudicans und damit zu mancherlei Verwicklungen", ist der gesunde Gedanke des preußischen Rechts nicht abgethan. Der Trost aber, die bezweckte Einschränkung eines schädlichen Lotteriespiels lasse sich „auf anderem Wege, insbesondere durch strenge Weisungen an die Lotteriekollekteure", erreichen, kann kaum im Ernste Beruhigung gewahren.

In einem eigenen Titel (16) über „Vergleich" stellt der Entwurf eine Legaldefinition des Vergleiches auf (§ 666), um hieran einige besondere Regeln über Irrtum beim Vergleich zu knüpfen (§ 667)[1].

Ausführlich normiert er die „Bürgschaft" (Tit. 17 §§ 668 bis 680). In hohem Maße bedenklich ist die Entbindung der Bürgschaft von jedem Formerfordernis. Mit dem Preußischen Landrecht (I 14 § 203) und dem schweizerischen Obligationenrecht (Art. 491) muß unbedingt die Gültigkeit dieses oft so unüberlegt geschlossenen und doch so überaus gefährlichen Geschäftes an die Schriftform geknüpft werden[2]. Und zwar um so mehr, als alle Beschränkungen der Intercession der Weiber wegfallen sollen[3]. Daß der Entwurf den accessorischen Charakter der Bürgschaft streng festhält, dem Bürgen, der sich nicht als Selbstschuldner verpflichtet hat, die Ein-

[1] Bekker S. 47 bemerkt, daß dieser Titel nicht ins Obligationenrecht gehört. Fischer S. 41—42 tadelt die Definition des § 666 als zu eng. Eine eingehende Kritik nebst Gegenvorschlägen bringt Sturm, Die Lehre vom Vergleiche nach gemeinem und preußischem Rechte unter Berücksichtigung des Entwurfes u. s. w., Berlin 1889, S. 88—96.

[2] Übereinstimmend Bähr S. 405, G. Hartmann S. 368—369.

[3] G. Hartmann S. 369—370 verlangt für die Verbürgung von Weibern gerichtliche oder notarielle Form und will die Verbürgung von Minderjährigen auch unter Mitwirkung des Mundwalts ganz ausschließen.

rede der Vorausklage gewährt und nach Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen auf den letzteren die Gläubigerrechte von Rechts wegen übergehen läßt, verdient Billigung[1]). Dagegen ist in manchen anderen Punkten eine ausgiebige Fürsorge für den Bürgen, wie sie z. B. im schweizerischen Obligationenrecht sich findet, versäumt. So wird dem Gläubiger eine sogenannte „Diligenzpflicht" mit Ausnahme des in § 679 enthaltenen Verbotes der Aufgabe einer Sicherheit nicht auferlegt und dem Bürgen ein Anspruch auf rechtzeitige Erledigung des Schuldverhältnisses durch Kündigung und Beitreibung der Forderung in bestimmter Frist nicht eingeräumt (Motive S. 678 ff)[2]). Abweichend von dem im Entwurf sonst durchgeführten Prinzip sollen Mitbürgen im Zweifel als Gesamtschuldner haften (§ 673). Diese Ausnahmesatzung entbehrt jeder inneren Berechtigung. Hätte der Entwurf im Falle einer gemeinschaftlichen Verbindlichkeit überhaupt ein Gesamtschuldverhältnis zur Regel erhoben, jedoch mangels anderer Abrede die einzelnen Schuldner nur mit einer subsidiären Haftung auf das Ganze belastet, so würde die Anwendung dieser Regel auf Mitbürgen ein passendes Ergebnis liefern. Es würde dann dem Vorbilde des Art. 496 des schweizerischen Obligationenrechts zu folgen sein. — Als Bürgschaft soll im Zweifel auch der Kreditauftrag gelten (§ 680).

Ob es nötig war, in einem besonderen Titel (18) des Obligationenrechts vom „Verpfändungsvertrag" zu handeln, läßt sich mit Fug bezweifeln. Wenn der Entwurf des Zusammenhanges wegen das aus dem Verpfändungsvertrage entspringende „Schuldverhältnis" im Sachenrecht ordnet (Motive S. 684), so ist die Unterbringung der ohnehin nur aus Verweisungen bestehenden §§ 681 und 682 in einer eigenen Rubrik des Obligationenrechts reine Pedanterie.

Daß der Entwurf den Verlagsvertrag und den Versicherungsvertrag aus dem bürgerlichen Recht ganz ausweist, haben wir schon

[1]) Fischer S. 113—116 erklärt sich gegen die Einrede der Vorausklage, jedoch im Zweifel für Annahme bloßer Schadlosbürgschaft; er will dem Bürgen die nach den Motiven ihm versagte Geltendmachung von Anfechtungs- und Aufrechnungsrechten aus der Person des Hauptschuldners gewähren. — Hachenburg S. 156—157 sähe die Einrede der Vorausklage am liebsten beseitigt; er wünscht besondere Bestimmungen über befristete Bürgschaften. — Vom Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner handelt Rothenberg, Beitr. z. Erl. des deut. Rechts Bd. 33 S. 364—383; er verlangt die Ergänzung der §§ 677 u. 678 durch eine Bestimmung, nach welcher der Hauptschuldner dem von ihm beauftragten Bürgen rechtzeitig seine Einwendungen mitzuteilen hat, widrigenfalls er deren Nichtgeltendmachung dem Regreß nehmenden Bürgen nicht vorwerfen kann.

[2]) Für den Entwurf Hachenburg S. 158.

oben bedauert. Auch sonst hat sich uns manche Unvollständigkeit seines Vertragsschemas ergeben. Selbstverständlich wird man mit den Motiven (S. 2) darüber einig sein, daß nicht „alle denkbaren Verträge“ im Gesetzbuch normiert werden können. Allein praktisch wichtige Vertragsarten mit durchgehend ausgeprägtem Typus durften nicht völlig übergangen werden. Am wenigsten war dies hinsichtlich solcher moderner Verkehrsgeschäfte zulässig, bei denen eine einfache Verweisung auf „das Prinzip der Vertragsfreiheit“ (Motive a. a. O.) der Ausbeutung des Schwachen durch den Starken Thür und Thor öffnet[1]).

Auch der dritte Abschnitt des Obligationenrechts, welcher sich mit den „Schuldverhältnissen aus unerlaubten Handlungen“ beschäftigt, zerfällt in einen allgemeinen und einen besonderen Teil.

Die „allgemeinen Vorschriften“ des ersten Titels über Voraussetzung, Umfang und Dauer der Schadenersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (§§ 704—721) gehören zu den am wenigsten gelungenen Schöpfungen des Entwurfes.

Vor allem verdirbt sie der schon mehrfach berührte Grundgedanke des Entwurfs, daß alle nicht etwa vertraglich begründete Schadenersatzpflicht lediglich aus Verschulden fließen kann[2]). Die Motive (S. 727, 734, 736 und namentlich 744 ff.) rühmen es als ein hohes Verdienst des Entwurfes, daß derselbe „in keinem Falle den Boden des Deliktes verlassen“ und sowohl mit den römischen Quasidelikten wie mit den Resten älterer deutschrechtlicher Anschauungen völlig aufgeräumt habe. Sie mühen sich eifrig ab, das Vorhandensein einer deliktischen Grundlage auch überall da nachzuweisen, wo in irgend einem anderen Abschnitt des Entwurfes eine nicht durch Rechtsgeschäft übernommene oder aus einer ganz speciellen Rechtspflicht ableitbare Verantwortlichkeit für Schaden anerkannt ist. Hierbei muß ihnen insbesondere der Begriff des „dolus oder der culpa in contrahendo“ Dienste leisten[3]). Nur bei der den Gastwirten auferlegten Haftpflicht vermögen sie die Statuierung einer Ausnahme nicht wegzudeuten. Zum Teil müssen freilich Fiktionen aushelfen, um jede andere Abweichung vom Prinzip in Abrede stellen

---

[1]) In dieser Hinsicht wird z. B. in dem erwähnten Artikel der Nationalzeitung (Jahrg. 1888 Nr. 517) die völlige Übergehung der Mobilienleihverträge gerügt.

[2]) Vgl. oben S. 128 Anm. 2, Mataja S. 267 ff, v. Liszt S. 27 ff.

[3]) Vgl. dazu Meischeider S. 38—41.

zu können (vgl. z. B. oben S. 171). Allein soweit irgend möglich, ist in der That der Entwurf seinem Grundsatz treu geblieben. Und in dem Abschnitt über unerlaubte Handlungen hat er denselben so konsequent durchgeführt, daß hier die Motive ihre Lobrede ohne Schwierigkeit bewahrheiten können. Ohne eigenen Vorsatz oder eigene Fahrlässigkeit entsteht keine Schadenersatzpflicht (§ 704). Wer aus entschuldbarem Irrtum und sei es auch aus Rechtsirrtum die Handlung für erlaubt hielt, ist von jeder Haftung befreit (§ 707)[1]). Aus einer im Zustande der Zurechnungsunfähigkeit oder von einem Kinde oder von einer ohne die erforderliche Einsicht handelnden Person unter 18 Jahren begangenen Schadenzufügung erwächst niemals ein Ersatzanspruch; auch eine selbstverschuldete Zurechnungsunfähigkeit mit einziger Ausnahme der selbstverschuldeten Betrunkenheit befreit von jeder civilrechtlichen Verantwortlichkeit (§§ 708—709)[2]). Der dem deutschen Recht entstammende, von der Naturrechtslehre in unbewußter Übereinstimmung mit dem nationalen Recht als Postulat der Gerechtigkeit verkündete, in den Gesetzbüchern Preußens, Österreichs und der Schweiz verwirklichte Gedanke, daß mindestens im Falle einer günstigen Vermögenslage des zurechnungsunfähigen Schadenurhebers aus dessen Vermögen dem Geschädigten Ersatz gebührt, wird als „unvereinbar mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen" verworfen[3]). Mag es unser Rechtsgefühl noch so sehr empören, wenn der Millionär, der in einem Wahnsinnsanfall oder in einem nicht gerade selbstverschuldeten Rausche die Habe einer armen Familie zerstört, der reiche Knabe, der ohne die „erforderliche Einsicht" in die Gefährlichkeit der Schießwaffen auf der Jagd einen Holzhauer verwundet, keinen Pfennig zu ersetzen hat: das „Prinzip" darf um bloßer „Billigkeit" willen kein Loch bekommen. Ebensowenig giebt es eine Haftung aus dem Eigentum an einer schädigenden Sache, einem schädigenden Tier, einer schädigenden Anlage, einem schädigenden Betriebe: man kann alle Vorteile aus einem die Mitmenschen gefährdenden Eigentum ziehen, ohne irgend ein Risiko zu laufen. Ja auch eine Haftung für fremdes Verschulden ist durchweg ausgeschlossen. Der Hausherr ist für die Hausangehörigen gerade nur soweit verantwortlich, als ihm eine Verletzung seiner Aufsichtspflicht

[1]) Zu § 707 vgl. Mataja S. 270, der in ihm den „Triumph der subjektivistischen Doktrin" erblickt, und v. Liszt S. 41.

[2]) Über §§ 708—709 vgl. v. Liszt S. 43—44, der sie als mißlungen nachweist; auch Mataja S. 270.

[3]) Vgl. Mataja S. 271.

nachgewiesen und zugleich dargethan wird, daß ohne dieses sein Verschulden „der Schaden nicht entstanden sein würde“ (§ 710). Und der Geschäftsherr haftet für seine Leute ebenfalls nur entweder aus versäumter Aufsicht oder aus culpa in eligendo (§§ 710—712). Zwischen den organischen Gemeinschaften des Hausstandes und des geschäftlichen Unternehmens einerseits, welche Dritten als geschlossene Einheiten gegenübertreten, und beliebigen Verhältnissen der Aufsichtsführung oder der „Bestellung eines anderen zur Verrichtung einer oder mehrerer Handlungen“ andererseits wird hierbei nicht der leiseste Unterschied gemacht. Die abweichenden Bestimmungen des französischen und schweizerischen Rechts, auch des bayerischen und hessischen Entwurfes, vertragen sich, so tief sie im deutschen Rechtsgedanken wurzeln mögen, doch nicht mit den „Prinzipien“ unseres künftigen deutschen Gesetzbuches[1]). Schließlich lehnt der Entwurf mit einer einzigen noch zu erwähnenden Ausnahme von geringer Tragweite auch die Aufstellung einer gesetzlichen Vermutung für Verschulden ab (Motive S. 729, 735, 812, 817—818), so daß der Geschädigte, welcher einen Ersatzanspruch geltend macht, stets den Beweis eines eigenen Verschuldens seines Gegners und des Kausalzusammenhanges zwischen diesem Verschulden und dem schädlichen Erfolge zu erbringen hat. Warum sollte man auch ohne zwingende Not einem praktischen Bedürfnis zuliebe sich von den allgemeinen „Prinzipien“ über die Beweislast entfernen[2])? So ist das Ziel erreicht. Außer den von einem besonderen Mißgeschick verfolgten Gastwirten braucht nach dem bürgerlichen Recht niemand für einen Schaden einzustehen, wenn er nicht „delinquiert“ hat. Auf allerlei Sonderrechtsgebieten gelten freilich ganz andere Grundsätze. Allein wenigstens das gemeine Privatrecht ist von solchen Singularitäten gesäubert. Es ist romanistischer als das römische Recht selbst! Alle Bestimmungen neuerer Gesetzbücher, in denen eine Schadenersatzpflicht aus bloßer Verursachung oder aus Haftung für fremdes Verschulden zum Durchbruch gekommen ist, sind weggefegt. Daß umgekehrt ein Gesetzbuch, welches seiner socialen und wirtschaftlichen Aufgabe gerecht werden wollte, heute solche Gedanken in noch viel weiterem Umfange aufnehmen und ausbauen müßte, bleibt dem Entwurfe verborgen. Er hat so wenig Fühlung mit der Lebensbewegung unserer Zeit, daß ihn nicht ein-

[1]) Eine Zusammenstellung der Sätze des Entwurfs über Haftung für fremdes Verschulden bei Meischeider S. 49—51.

[2]) Vgl. Mataja S. 273.

mal eine Ahnung davon beschleicht, wie allgemein die Überzeugung von der Unhaltbarkeit des reinen Deliktsstandpunktes für eine moderne Schadenersatzordnung und das Verlangen nach einer an altnationales Recht wieder anknüpfenden Reformgesetzgebung verbreitet ist. Und wie sollte er auch von seinen rein individualistischen Gesichtspunkten aus begreifen können, um was es sich hier eigentlich handelt[1]).

Was die übrigen Voraussetzungen der Deliktsobligation betrifft, so erkennt der Entwurf natürlich gleich allen neueren Gesetzbüchern allgemein jede widerrechtliche Handlung und nicht bloß bestimmte Deliktsarten als Quelle civilrechtlicher Haftung an und stellt hierbei dem Thun das Unterlassen gleich. Er führt jedoch zwei höchst bedenkliche Distinktionen ein. Zunächst unterscheidet er widerrechtliche Handlungen, welche durch Verletzung „des Rechtes eines anderen" demselben einen Schaden verursachen, und widerrechtliche Handlungen, welche jemanden ohne eine derartige Rechtsverletzung schädigen, und läßt aus letzteren nur dann, wenn der Thäter den Schaden vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, dagegen aus ersteren auch dann, wenn die Entstehung eines Schadens nicht vorauszusehen war, eine Ersatzpflicht entspringen (§ 704). Die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der Ehre soll dabei als Rechtsverletzung gelten. Dagegen soll, wie die Motive ergeben, keine Rechtsverletzung angenommen werden, wenn ein bloß relatives Recht von einem anderen als dem Verpflichteten gekränkt wird. Somit verletzt man z. B. zwar ein Recht des Gläubigers, wenn man eine in dessen Eigentum befindliche Beweisurkunde über eine Forderung an einen Dritten vernichtet, nicht aber, wenn man durch falsche Zeugenaussage im Prozeß zwischen dem Gläubiger und seinem Schuldner jenen um sein Geld bringt. Man verletzt auch kein Recht des Pächters, wenn man die Saat auf dem Felde zerstört, auf welche ja der Pächter nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Verpächter hat; vielleicht erlangt jedoch der Pächter die Abtretung des Ersatzanspruches des in seinem

---

[1]) Es sei hier besonders hingewiesen auf die Schrift von V. Mataja, Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888. Darin finden sich auch zutreffende Bemerkungen über die Aufgabe des Privatrechtes auf diesem Gebiete sowie über die Gründe, aus denen unser modernes Recht sich mit unserem älteren Rechte näher berühren muß als mit dem Recht der dazwischen liegenden individualistischen Periode. Sehr beachtenswerte Gesichtspunkte entwickelt ferner Steinbach, Die Grundsätze des heutigen Rechts über den Ersatz von Vermögensschäden, Wien 1888; auch seine Ausführungen enthalten eine Verurteilung des Entwurfes.

Eigentum verletzten Verpächters (Motive S. 748)! Besteht denn aber nicht eine allgemeine Verpflichtung zur Achtung fremder Rechte? Und kann die Rechtsordnung den Einzelnen etwas anderes als Rechtssphären garantieren? Wird nicht, sobald gegen den Eingriff in die Interessensphäre eines Subjektes irgend eine rechtliche Reaktion erfolgt, gerade insoweit diese Interessensphäre zur Rechtssphäre erhoben? Man hat bekanntlich die subjektiven Rechte als geschützte Interessen definiert. Nun sollen wir neben denjenigen rechtlich geschützten Interessen, welche Rechte sind, auch noch rechtlich — nur ein wenig schwächer — geschützte Interessen bekommen, welche keine Rechte sind! Welche neue Scholastik steht uns da bevor[1])! Eine weitere Distinktion macht der Entwurf, indem er die „widerrechtlichen" Handlungen in „an sich unerlaubte" und „an sich erlaubte" einteilt. Schon an sich unerlaubt sind Verstöße wider ein ausdrückliches Verbotsgesetz und unbefugte Eingriffe in ein absolutes Recht (Motive S. 726). Durch positive Vorschrift aber (§ 705) wird überdies eine „kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung", welche einen andern schädigt, dann für „widerrechtlich" erklärt, wenn „ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt". Die Motive führen aus, daß hiermit eine illoyale Handlung insoweit zum Delikt gestempelt wird, als nicht „dem Handelnden ein subjektives Recht zur Vornahme der Handlung zusteht". „Wer ein besonderes Recht ausübt, muß zwar immer haftfrei bleiben, auch wenn er aus Chicane handelt; wer dagegen nur kraft seiner natürlichen Freiheit handelt, darf diese nicht zum Schaden anderer mißbrauchen; ein Mißbrauch ist es aber, wenn seine Handlungsweise den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden widerspricht." Man darf also zwar sein Eigentum mißbrauchen, nicht aber seine Freiheit. Oder vielmehr: auch der Mißbrauch der Freiheit ist „er-

[1]) Zu der Unterscheidung des § 704 vgl. v. Lißt S. 34 ff. u. 38 ff. (er rechnet aus den Bestimmungen der §§ 704 u. 705 zehn verschiedene Deliktsformen heraus, S. 41); Mataja S. 269; Meischeider S. 35—38 (er macht mit Recht geltend, daß auch das Forderungsrecht eines Schutzes gegen Verkümmerung durch Dritte bedürftig und würdig ist). — Wie sehr der Entwurf den inneren Zusammenhang zwischen privatrechtlicher Genugthuung und öffentlicher Strafe einerseits, das Hineinragen des Deliktsbegriffes in Vertragsverhältnisse andererseits verkennt, zeigt v. Lißt S. 27—28. – Über die ungeheuerlichen Konsequenzen des § 706, nach welchem Einwilligung des Beschädigten in die beschädigende Handlung jeden Ersatzanspruch ausschließt, in Verbindung mit der Deduktion der Motive, daß diese Einwilligung als „einseitiges Rechtsgeschäft" zu beurteilen ist, vgl. v. Lißt S. 37—38.

laubt", aber „widerrechtlich". Wir haben uns schon oben für ein allgemeines Verbot mißbräuchlicher Rechtsausübung zum Schaden anderer und insbesondere der Chicane ausgesprochen (S. 183). Damit würde dieser seltsam und widerspruchsvoll gefaßte § 705 überflüssig. Auch wer „kraft der allgemeinen Freiheit" handelt, übt ein „Recht" aus. Die „natürliche" Freiheit ist überhaupt kein juristischer Begriff, sondern eine von der Rechtsordnung vorgefundene Thatsache. Innerhalb der Rechtsordnung kommt nur die „rechtliche" Freiheit in Betracht, welche aus der Anerkennung des allgemeinen Rechtes der Persönlichkeit fließt und vom objektiven Recht gleichzeitig gewährleistet und in vernunftmäßige Schranken gewiesen wird. Will man aber die „besonderen" Rechte und das „allgemeine" Freiheitsrecht gegenüberstellen, so fehlt es an jedem inneren Grunde, die mißbräuchliche Ausübung hier und dort mit völlig ungleichem Maße zu messen. Die Rechtsordnung gewährt ja doch alle besonderen subjektiven Rechte nur in Entfaltung des allgemeinen Rechtes der freien Persönlichkeit. Und wo liegt die Grenze zwischen den besonderen Rechten und den Ausflüssen der allgemeinen Freiheit? Wohin gehört z. B. das Gebrauchsrecht des Einzelnen an den für den Gemeingebrauch bestimmten öffentlichen Sachen? Wohin fallen die verfassungsmäßig speciell garantierten Grundrechte? Wohin die durch staatliche Konzession oder Ablegung einer Prüfung besonders erworbenen Befugnisse zu einem bestimmten Gewerbebetriebe? Es ist schwer, sich ein Bild davon zu machen, wie sich die Anwendung des § 705 in der Praxis gestalten würde. Die Motive verschmähen hier, wie fast immer, die Verdeutlichung durch Beispiele. Sie erklären nur, daß dieser Paragraph die Ausnahme einer Anzahl besonderer Deliktsbegriffe erspare. Gelegentlich lassen sie erkennen, daß vor allem ein Ersatz für die actio und exceptio doli geschaffen werden soll (S. 705). Insbesondere weisen sie auf die Möglichkeit hin, den Erwerb einer Forderung behufs Abschneidung einer Einrede als einen den Schuldner schädigenden Mißbrauch der natürlichen Freiheit zu beurteilen, woraus sich dann nach § 219 ein auch einredeweise geltend zu machender „Anspruch des Schuldners auf Beseitigung des durch die Veräußerung geschaffenen nachteiligen Zustandes, d. h. auf Zulassung der durch die Veräußerung an sich ausgeschlossenen Einrede" ergebe. Diese Möglichkeit würde, wie sie hinzufügen, nur dann fehlen, „wenn die Schädigung des Schuldners nicht schon mit dem Erwerbe der Forderung vollzogen wäre, sondern erst aus der Geltendmachung derselben entspränge, da nach den all-

gemeinen Grundsätzen des Entwurfes die wenn auch mißbräuchliche Ausübung eines Rechtes als eine unerlaubte Handlung sich nicht betrachten läßt". Liegt aber nicht in der That die Schädigung erst in der Geltendmachung? Und wenn sie schon mit dem Erwerbe „vollzogen" ist, wie soll dann dem Schuldner geholfen werden, falls der neue Gläubiger bis zur Geltendmachung die dreijährige Verjährungsfrist des § 719 Abs. 2 verstreichen läßt? Offenbar ferner wäre der arglistige Cessionar gegen jede exceptio doli gesichert, sobald er sich vorher vom Gläubiger ein Recht hätte einräumen lassen, die Abtretung von Forderungen bis zur Höhe seiner etwaigen Guthaben gegen denselben zu verlangen. Auch in dem Falle, in welchem lediglich dem Veräußerer der Forderung eine Arglist zur Last fällt, läßt sich nach den Motiven aus § 705 ein Schadenersatzanspruch des zur Zahlung genötigten Schuldners gegen den Veräußerer begründen, „weil die Veräußerung als eine kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung anzusehen ist". Warum in aller Welt aber übt man weniger ein „Recht" aus, wenn man eine Forderung veräußert, als wenn man sie geltend macht? Aus anderen Stellen der Motive erfahren wir, daß zu den von § 705 betroffenen „an sich erlaubten" Handlungen auch Rechtsverletzungen insoweit gehören können, als nicht die Schädigung des unmittelbar in seinem absoluten Recht Verletzten, sondern die mittelbare Schädigung eines anderen und namentlich eines bloß obligatorisch Berechtigten in Frage steht (S. 728, 748, 749). Wir hören ferner, daß in den Fällen, in denen nur die vorsätzliche Handlung absolut verboten ist, durch § 705 auch die „an sich erlaubte" Fahrlässigkeit zum civilrechtlichen Delikt werden kann (S. 727). Auch Begünstiger und Hehler können, wie uns weiter gesagt wird, dem § 705 verfallen (S. 738). Wer die natürliche Freiheit, Töchter zu verführen, zum Schaden eines Vaters mißbraucht, kann demselben aus seiner „an sich erlaubten Handlung" nach § 705 ersatzpflichtig werden (S. 754). Ohne nähere Darlegung wird angedeutet, daß der § 705 auch in Fällen der Sachbeschädigung (S. 747), der Entwendung (S. 749), der unbefugten Arrestanlegung (S. 757), der Verübung von Gewalt und Drohung (S. 758 und 759), der Verhinderung einer Beerdigung (S. 766) Anwendung finden kann. Wir fürchten sehr, daß das Studium der Motive die Verwirrung nur steigern würde, die ein so quecksilberartiger Rechtssatz in der Praxis anrichten müßte. Welche Unsicherheit aber müßte erst entstehen, wenn der Richter, den doch die gewagten Behauptungen der Motive nicht binden, irgend eine andere Ansicht über

den Begriff der „kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubten Handlung“ zur Geltung brächte[1])!

Bei der Festsetzung des **Umfanges** der Ersatzverbindlichkeiten aus Delikten kennt der Entwurf keinerlei Abstufung nach Art und Größe des Verschuldens (§§ 715—718) und erklärt es auch stets für unerheblich, ob der Umfang des Schadens vorauszusehen war (§ 704 Abs. 1). Das Gradationssystem des Preußischen Landrechts eignet sich ja freilich nicht zur Herübernahme in das Gesetzbuch. Allein die absolute Gleichstellung doloser Handlungen und jeder geringen Fahrlässigkeit führt doch zu unerträglichen Unbilligkeiten. Es ist einerseits mit einem gesunden Rechtsgefühl kaum vereinbar, daß wegen einer aus Unachtsamkeit begangenen Sachbeschädigung, aus welcher statt eines nach menschlicher Voraussicht allein zu erwartenden unbedeutenden Verlustes ein unermeßlicher Schaden entsteht, eine ganze Familie an den Bettelstab gebracht werden soll[2]). Andererseits fordert die Gerechtigkeit, daß der boshafte Sachbeschädiger einen möglichst ausgiebigen Ersatz leiste und insbesondere auch für das Affektionsinteresse hafte. Wir haben oben schon den regelmäßigen Ausschluß von Ersatzansprüchen wegen immaterieller Schäden bekämpft und halten denselben trotz der gegenteiligen Ausführungen der Motive (S. 751 und 752) bei den unmittelbar gegen die Persönlichkeit gerichteten Delikten (z. B. Ehrverletzung, Verführung eines unbescholtenen Mädchens, Tötung, Hausfriedensbruch, u. s. w.) für besonders unbillig[3]). Soweit aber in dem Schadenersatz zugleich etwas von Genugthuung oder Buße stecken soll, kann die Größe des Verschuldens auch im Civilrecht nicht für gleichgültig erklärt werden. Ferner muß im Falle eines konkurrierenden Verschuldens des Beschädigten nicht bloß die Bejahung oder Verneinung der Verantwortlichkeit des Thäters, sondern auch eine Herabminderung des zu leistenden Ersatzbetrages offen stehen. Derartigen Gesichtspunkten vermag freilich eine gleichförmige und mechanisch

[1]) Vgl. über § 705 auch **Meischeider** S. 37, G. **Hartmann** S. 342, **Mataja** S. 270, v. **Liszt** S. 35; dazu **Steinbach** a. a. O. S. 10 ff.

[2]) Vgl. auch bezüglich der ähnlichen Frage bei der Ersatzleistung wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit **Bähr** zu § 224 S. 352.

[3]) Vgl. v. **Liszt** S. 29—33, der zugleich die absurden Ergebnisse darlegt, welche das Nebeneinanderstehen der vom Entwurfe aufrecht erhaltenen „Bußen“ und der vereinzelten Fälle des Ersatzanspruches wegen immateriellen Schadens zur Folge haben müßte; er würde dieser Grundsatzlosigkeit die Streichung der Ausnahmesatzungen des Entwurfes vorziehen.

zwingende Regel über den bei der Schadenberechnung anzusetzenden Wert nicht gerecht zu werden. Vielmehr muß dem richterlichen Ermessen neben der freien Entscheidung über Vorhandensein und Größe des Schadens (C. Pr. O. § 260) zugleich ein gewisser Spielraum in der Bemessung des Umfanges der Verantwortlichkeit für angerichteten Schaden gewährt und hierbei eine billige Rücksichtnahme auf Art und Maß des Verschuldens und zum Teil auch auf die sonstigen Umstände des Falles einschließlich der Vermögenslage der Beteiligten zur Pflicht gemacht werden[1]). Daß aus einer derartigen Schadenersatzordnung sich zugleich die Möglichkeit und teilweise die Notwendigkeit ergäbe, bei dem aus gemeinsamer Deliktsobligation entspringenden Gesamtschuldverhältnis (§§ 713—714) eine ungleiche Bestimmung sowohl der äußeren Haftgrenze wie der inneren Anteile unter Umständen zuzulassen, liegt auf der Hand.

Die **Dauer** der Schadenersatzansprüche aus Delikten will der Entwurf durch eine besondere dreijährige Verjährung begrenzen (§ 719). Der Begriff der „Anspruchsverjährung" erweist sich hier namentlich insoweit als verhängnisvoll, als er zu dem Ergebnis führt, daß zugleich die nicht als selbständige Ansprüche konstruierten Einreden durch die Verjährung erlöschen. So wird selbst die exceptio doli der dreijährigen Verjährung unterworfen (Motive S. 735). Ein in der That nicht bloß „dem ersten Anscheine" nach, sondern auch bei nächster Betrachtung „befremdendes Resultat"! Der in § 720 vorbehaltene Bereicherungsanspruch kann darüber nicht beruhigen[2]).

Der zweite Titel über „**einzelne unerlaubte Handlungen**" trifft nur über eine geringe Zahl von Delikten specielle Bestimmungen. In einer „Vorbemerkung" legen die Motive S. 744 bis 766 eingehend dar, warum bei den übrigen bisher durch besondere Rechtssätze ausgezeichneten unerlaubten Handlungen die Aufstellung specieller Regeln für entbehrlich erachtet ist und wie die Anwendung

---

[1]) So verfährt z. B. das Schweizer Obligationenrecht Art. 51 u. 55. Für den Fall einer konkurrierenden Fahrlässigkeit des Beschädigten scheint übrigens auch der Entwurf durch § 222 dem Gericht ein freies arbitrium in Bezug auf den Umfang des zu leistenden Schadenersatzes einzuräumen. Es ist jedoch nicht klar, wie sich der § 222 zu den absoluten Vorschriften der §§ 704 Abs. 1 Schlußsatz und 715—717 verhält. — Sehr verwandte Gesichtspunkte mit den im Text entwickelten macht **Steinbach** a. a. O. S. 75 ff., bes. S. 88—92, geltend. A. M. **Mataja** S. 280.

[2]) Vgl. **Bähr**, Verh. des 20. Juristentages Bd. 1 S. 293 ff.

der „allgemeinen Vorschriften“ sich hier im einzelnen gestalten würde. Wir haben schon mehrfach darauf hingewiesen, wie wenig die „allgemeinen Vorschriften“ diese Probe bestehen. Werden nicht die Motive mit ihrer oft überraschenden Erläuterung des verborgenen Sinnes jener abstrakten Paragraphen zu einer Art von authentischer Interpretation erhoben, so muß die Praxis zerfahren und verwildern. Wer aber möchte andererseits wünschen, daß unsere Gerichte in die Fesseln dieses doktrinären und überall zu engen Gedankensystems geschlagen und die Streitigkeiten über Schadenersatzansprüche nach diesen scholastischen Distinktionen und mechanischen Gesichtspunkten entschieden würden?

Einige besondere Vorschriften werden zunächst für die Entschädigungsansprüche aus Tötung gegeben (§§ 722—725). Hier sollen diejenigen Personen, welche durch den Tod ein an die Person des Getöteten geknüpftes Vermögensrecht, insbesondere einen gesetzlichen Anspruch auf Unterhalt, einbüßen oder an dem Erwerbe eines Vermögensrechtes, das sie sonst mutmaßlich erworben hätten, verhindert werden, ausnahmsweise nach Maßgabe des Abs. 2 (statt Abs. 1) des § 704 ersatzberechtigt sein. Mit anderen Worten: obwohl sie nach den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes gegen den Thäter, der ja ihnen gegenüber keine „Rechtsverletzung“ begangen hat, nur dann einen Ersatzanspruch haben würden, wenn dieser ihre Schädigung vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, sollen sie auch dann, wenn ihre Schädigung nicht vorauszusehen war, einen Ersatzanspruch haben. Gleiches soll kraft positiver Vorschrift hinsichtlich der Beerdigungskosten gelten, während bezüglich der Kosten der versuchten Heilung derselbe Erfolg sich daraus ergiebt, daß der Anspruch auf den Ersatz dieser Kosten als vom Getöteten selbst erworben und vererbt betrachtet werden muß. Dagegen haben andere durch die Tötung geschädigte Dritte, wie z. B. ein Versicherer, ein Rentengläubiger, ein um seinen Nießbrauch gebrachter Ehemann, die des Nießbrauchs oder des Rechts auf Dienste beraubten Eltern, nur nach Maßgabe des § 704 Abs. 1 und somit nur dann einen Schadenersatzanspruch, wenn der Thäter vorausgesehen hat oder voraussehen mußte, daß ein Schade für sie entstehen werde. Welche verkünstelte und unpraktische Ordnung! Und wird durch sie etwa unser Gerechtigkeitsgefühl befriedigt? Von einem Einflusse der Art und Größe des Verschuldens oder sonstiger subjektiver Momente ist auch hier nicht die Rede: der hinterlistige Mörder und der ungeschickte Arbeiter werden mit demselben Maße

gemessen. Entsteht kein Vermögensschade, so fällt auch hier, da ja unser Strafgesetzbuch bei der Tötung auch eine Buße nicht kennt, jede Ersatzleistung fort[1]). Angemessener sind die Vorschriften, welche den Ersatzanspruch des Unterhaltsberechtigten näher regeln und hierbei nach dem Muster neuerer Reichsgesetze die Entschädigung in Rente als Regel festsetzen, ausnahmsweise aber die Verurteilung zu einer Abfindung in Kapital zulassen. Doch fehlt es auch hier nicht an doktrinären und die billige Würdigung des konkreten Falles durch mechanischen Zwang ausschließenden Einzelbestimmungen. Der Rentenanspruch des Unterhaltsberechtigten soll lediglich als ein Anspruch auf Wertersatz für den entzogenen Alimentationsanspruch und nicht als ein zum Ersatz gewährter Alimentationsanspruch konstruiert, trotzdem aber in einigen Punkten rechtlich gleich einem Alimentationsanspruch behandelt werden. Mit dieser künstlichen und sehr anfechtbaren Entscheidung hofft man eine Reihe von Streitfragen zu lösen. Es ist zu fürchten, daß das verwickelte und ohne die Hülfe der Motive kaum zu erratende System des Entwurfes ein Heer neuer Kontroversen gebären wird. Dazu kommt, daß der Entwurf eine Reihe zweifelhafter Fragen, deren gesetzliche Entscheidung wünschenswert wäre, absichtlich unbeantwortet läßt[2]).

Weiter bringt der Entwurf besondere Regeln über den Inhalt und Umfang des Schadenersatzanspruches wegen Körperverletzung (§ 726) und über Schadenersatzansprüche der durch Freiheitsberaubung an der erfolgreichen Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen im Inlande gehinderten Dritten (§ 727). Hier wiederholen sich manche schon vorgetragene Bedenken. Andere treten infolge des bruchstückartigen und teilweise sehr willkürlichen Charakters dieser Bestimmungen hinzu. Dagegen ist es zu billigen, daß der

---

[1]) Wieder müssen wir darauf hinweisen, wie viel weiser das schweizerische Recht (O.-R. Art. 54) hier verfährt.

[2]) So die Frage nach der Ersatzpflicht bei der Tötung im Zweikampf. Die Motive S. 770—771 geben hier der Zukunftsjurisprudenz merkwürdige Fingerzeige, wie sie mit dem Begriffe eines „einseitigen Rechtsgeschäftes“, welches durch die Einwilligung des Duellanten in seine etwaige Tötung vorgenommen ist, zu operieren hat. Gott bewahre uns! Ebenso bleibt die generelle Frage nach der Wirkung eines konkurrierenden eigenen Verschuldens des Getöteten ungelöst (Motive S. 772). Desgleichen die Frage nach dem Einfluß eines Verzichtes, eines Vergleiches oder eines bis zum Ablauf der Verjährungsfrist fortgesetzten Schweigens seitens des tödlich Verletzten (a. a. O. S. 773). Endlich insbesondere auch die Frage nach der Anrechnung der durch den Tod erlangten Vorteile (a. a. O. S. 783).

Entwurf, wie schon früher erwähnt wurde, wenigstens bei diesen beiden Delikten und gewissen Verbrechen gegen die weibliche Ehre dem Civilrichter die Befugniß giebt, „auch wegen eines anderen als eines Vermögensschadens nach freiem Ermessen eine billige Geldentschädigung" (jedoch nur dem Verletzten selbst) zuzusprechen (§ 728). Die dem geltenden Recht bekannten besonderen Ansprüche auf Schmerzensgelder und die Sachsenbuße werden hierdurch gedeckt, während die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Buße wegen Körperverletzung unberührt bleiben.

Besonders geregelt ist ferner die Haftung des Inhabers eines Gebäudes oder einer Wohnung für die Beschädigung durch **Ausgießen, Auswerfen** oder **Herabfallen** (§§ 729—733). Es ist dies der einzige Fall, in welchem der Entwurf wenigstens eine gesetzliche Vermutung für Verschulden aufstellt. Allein er geht lange nicht weit genug, indem er einen Entschuldigungsbeweis zuläßt und auch hier jede Haftung für fremdes Verschulden ablehnt. Wenn also der Hausherr nachweist, daß ein Kind oder Dienstbote die Schuld trägt, so geht der Verletzte leer aus und muß noch die Prozeßkosten bezahlen, falls er nicht seinerseits dem Hausherrn mangelhafte Aufsicht oder culpa in eligendo beweist! „Ich halte das für keine Gerechtigkeit" — sagt **Bähr** (a. a. O. S. 142).

Mit uraltem indogermanischen Recht bricht der Entwurf hinsichtlich der Haftung für Beschädigungen durch **Tiere** (§ 734). Nichts als Haftung durch eigenes Verschulden! Wenn der „Halter des Tieres" oder der für ihn die Aufsicht Führende nicht die „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" angewandt hat, ist er verantwortlich. Keinerlei Haftung aber des Eigentümers als solchen! Natürlich auch keine Haftung des Herrn für den Kutscher oder Knecht, er müßte denn diesen schlecht gewählt oder nicht gehörig beaufsichtigt haben! Nicht einmal eine gesetzliche Vermutung für Verschulden: der Geschädigte mag zusehen, ob er den richtigen Schuldigen ermittelt und ihm eine Verfehlung nachweist! Ja sogar keine Abweichung von „allgemeinen Grundsätzen" bei wilden Bestien! Die noxae datio wird nun freilich von selbst hinfällig. So ist alle „Irrationalität" in dieser Materie, in der uns bisher noch ein frischer Erdgeruch erquickte, glücklich beseitigt. Was aber haben wir eingetauscht? Für Gerechtigkeit kann ich es nicht halten[1])!

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Haftung für Beschädigungen

[1]) Vgl. auch **Mataja** S. 271, v. **Liszt** S. 36.

durch leblose Sachen. Auch hier verläßt der Entwurf mit keinem Schritt den „Boden des Deliktes“. Er schafft nur in § 735 für den speciellen Fall des Einsturzes eines Gebäudes oder sonstigen Werkes einen etwas erweiterten Deliktsboden, indem er dem Eigentümer oder an seiner Stelle dem zur Haltung des Gebäudes auf fremdem Grundstück Berechtigten und ebenso demjenigen, welcher die Unterhaltung übernommen hat, eine besondere Pflicht auferlegt, „mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters dafür zu sorgen, daß das Gebäude nicht infolge fehlerhafter Einrichtung oder mangelhafter Unterhaltung einstürzt“. Nach „allgemeinen Grundsätzen“ trifft seiner Auffassung zufolge eine derartige Pflicht nur den Erbauer: kraft positiver Satzung wird nun auch der Grundbesitzer oder ein Vertreter desselben im Falle der Verletzung der ihm auferlegten Pflicht für den Schaden verantwortlich, „welcher einem Dritten aus dem dadurch verursachten Einsturz entstanden ist“. Verschulden aber und Kausalzusammenhang muß wieder der Geschädigte nachweisen! Und nur gerade bei dem Gebäudeeinsturz gilt dies besondere Recht. So entfernt sich auch hier der Entwurf zwar weit von den meisten neueren Gesetzbüchern und Gesetzesvorschlägen, aber sowenig wie irgend möglich von seinen „Prinzipien“ [1]).

Schließlich trifft der Entwurf in § 736 über Beschädigungen durch Verletzung einer Amtspflicht einige besondere Bestimmungen. Warum dieselben überhaupt erforderlich sind und wodurch ihre eigentümliche Fassung bestimmt wird, läßt sich nur aus dem verwickelten Gedankensystem des Entwurfes und kaum ohne die Krücke der Motive verstehen [2]). Abgelehnt wird die Entscheidung der angeblich

[1]) Vgl. Mataja S. 271.

[2]) Vgl. Motive S. 822 ff. Insbesondere kommt in Betracht, daß nach dem System des Entwurfes der Beamte, sofern er nur seine „obligatorische“ (?) Pflicht gegen den Staat verletzt, gegen den Geschädigten keine „Rechtsverletzung“ begeht und somit nur bei gleichzeitigem Verstoß wider ein Strafgesetz „widerrechtlich“ handelt. Durch § 736 Abs. 1 soll nun wenigstens insoweit, als ein Gesetz die Amtspflicht auch „gegenüber Dritten“ statuiert, die Annahme einer „widerrechtlichen“ Handlung bei Schädignng eines solchen Dritten gesichert werden. Ob dann immer eine Rechtsverletzung im Sinne des § 704 Abs. 2 oder wegen mangelnden Eingriffs in ein absolutes Recht nur eine Widerrechtlichkeit im Sinn des § 704 Abs. 1 vorliegen soll, erhellt nicht. — Die Einschränkung der Haftung des Spruchrichters durch § 736 Abs. 3 ist berechtigt, dürfte aber nicht auf die „Leitung“ von Rechtssachen erstreckt werden; vgl. Bähr S. 412. — Bedenklich ist die Ablehnung einer besonderen Bestimmung über die Haftung von Kollegien; Motive S. 826. — Höchst doktrinär ist die Ausführung der

öffentlichrechtlichen Frage nach der civilrechtlichen Haftung des Staates und der Gemeinden für den von einem Beamten bei Ausübung einer anvertrauten öffentlichen Gewalt widerrechtlich zugefügten Schaden. Diese Frage trägt in Wahrheit genau denselben privatrechtlichen Charakter, wie die Frage nach der Schadenersatzpflicht des Beamten selbst, und bedarf bei ihrer Bestrittenheit und außerordentlichen Wichtigkeit dringend der Lösung in unserem deutschen Gesetzbuch[1]).

In einem letzten Abschnitt des Obligationenrechts faßt der Entwurf „einzelne Schuldverhältnisse aus anderen Gründen" zusammen[2]).

Hier stellt er zunächst in einem ersten Titel (§§ 737—748) mit der Überschrift „Bereicherung" ein Kondiktionensystem auf, welches im wesentlichen überall dem römischen Recht und der Pandektendoktrin folgt[3]). Unter deutschen Namen werden die condictio indebiti (I), die condictio ob rem s. causa data causa non secuta (II), die condictio ob causam finitam (III), die condictio ob turpem causam (IV) und die condictio sine causa (V) anerkannt und normiert, während daneben weder eine allgemeine Bereicherungsklage noch eine Versionsklage oder eine im Sinne des Preußischen Landrechts ausgestaltete Klage aus nützlicher Verwendung zugelassen wird (Motive S. 829 ff. und 871 ff.). Wenn jedoch der Entwurf zwar nicht aus jeder zum Schaden eines anderen, wohl aber aus jeder ohne rechtlichen Grund erfolgten Bereicherung einen Anspruch auf Rückerstattung gewährt: warum spricht er dann nicht an der Spitze des Titels diesen Grundsatz aus, um demnächst in einheitlicher Weise die für den Bereicherungsanspruch geltenden einzelnen Rechtssätze unter Hervorhebung der bei den besonderen Anwendungsfällen eintretenden Ausnahmen und Abweichungen zu entwickeln? So verfährt z. B. das schweizerische Obligationenrecht, welches in Art. 70 beginnt: „Wer ohne rechtmäßigen Grund aus dem Vermögen eines anderen bereichert wurde, ist zur Rückerstattung verpflichtet" — und

Motive auf S. 828 über die prinzipielle Unmöglichkeit, in irgend einem Deliktsfalle eine Haftung bloß für grobes Versehen zu statuieren. — Die Landesgesetze sollen ermächtigt werden, die Beamtenhaftung für eine bloß subsidiäre zu erklären.

[1]) Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 794 ff.; auch Mecke, Gutachten S. 15. — Daß die Entscheidung im Sinne der allgemeinen Haftbarkeit des Staats und aller öffentlichrechtlichen Körperschaften ausfallen muß, sei hier nur ohne nochmalige Begründung wiederholt.

[2]) Über diesen Abschnitt Hartmann, Gutachten S. 323—358.

[3]) Vgl. Hartmann S. 323—337; Meischeider S. 70—76; Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 213—239.

hierauf mit wenigen einfachen Sätzen (Art. 71—75) die Materie erledigt. Der Entwurf dagegen bringt den allgemeinen Grundsatz erst am Schluß (§ 748) unter der Überschrift „Sonstiges grundloses Haben" in einer höchst verzwickten, auf die Rettung des Begriffes einer eigenartigen subsidiären „condictio sine causa" abzielenden Fassung, während er vorher die besonderen Anwendungsfälle desselben normiert. Unter dem Zwange dieser Anordnung stellt er das allen Bereicherungsansprüchen gemeinsame Recht in der Form specieller Regeln für die condictio indebiti dar (§§ 737 Abs. 3, 739—741) und verweist dann bei den übrigen Kondiktionen auf deren entsprechende Anwendung mit allerlei eingeschobenen besonderen Voraussetzungen und Maßgaben, welche namentlich durch den Mangel eines einfachen Begriffs des „guten Glaubens" auf Seite des Empfängers erforderlich werden (§§ 744, 745 Abs. 2 u. 746, 747 Abs. 2, 748 Abs. 3). Auf solche Weise sind einige Paragraphen entstanden, welche selbst inmitten dieses Entwurfes durch ihre Verschrobenheit und Unhandlichkeit auffallen. Gälte es nicht, das römische Aktionenschema neu zu beleben, so wäre irgend ein Grund für die hier beliebte Umkehrung der sonst befolgten Methode unauffindbar[1]). Die doktrinäre und verkünstelte Ausgestaltung des Kondiktionensystems ist um so bedauerlicher, als dasselbe in dem Rechtssystem des Entwurfes infolge der weitgehenden Anerkennung abstrakter Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte eine bedenklich große Rolle spielt und demgemäß an zahlreichen anderen Stellen Verweisungen auf den Bereicherungsanspruch begegnen. Auch inhaltlich aber geben die für die einzelnen Kondiktionen vorgeschlagenen Rechtssätze zu gewichtigen Bedenken Anlaß. Bei der condictio indebiti („Leistung einer Nichtschuld") knüpft der Entwurf schon an den Beweis der Nichtschuld eine strenge Vermutung des Irrtums; auch unentschuldbarer Irrtum und Rechtsirrtum ist hinreichend; Zweifel steht der Kenntnis des Nichtbestandes einer Schuld gleich; auch die

[1]) Übereinstimmend schlägt Lenel S. 237—239 vor, an die Spitze den allgemeinen Satz zu stellen: „Derjenige, aus dessen Vermögen ein anderer ohne rechtlichen Grund bereichert ist, kann von dem anderen die Herausgabe der Bereicherung fordern"; dann hätten, falls dies für nötig geachtet wird, einige allgemeine Bestimmungen zu folgen; schließlich wären besondere Sätze über die condictio indebiti und die condictio ob turpem causam als wichtige Anwendungsfälle des Prinzips hinzuzufügen. — Auch Hartmann S. 324—325 tadelt die Methode des Entwurfs; seine Vereinfachungsvorschläge S. 325—327 würden etwas, aber nicht viel helfen.

Rückforderung des in Erfüllung einer sittlichen oder Anstandspflicht Geleisteten, des über die Accordrate hinaus Gezahlten, der nicht geschuldeten Zinsen ist unbeschränkt zulässig. Wie wenig dies alles einem gesunden Rechtsgefühl und dem praktischen Bedürfnis entspricht, hat Bähr schon hervorgehoben: zum mindesten müßte mit dem schweizerischen Obligationenrecht Art. 72 dem Rückfordernden der Beweis seines Irrtums über die Schuldpflicht auferlegt und jede Rückforderung der in Erfüllung einer sittlichen Pflicht erfolgten Leistung versagt werden[1]). Die condictio ob rem („Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges") ist auf die Windscheidsche Lehre von der Voraussetzung gebaut, während im übrigen der Entwurf sich keineswegs zur durchgängigen Zugrundelegung dieser Lehre entschlossen hat. Welche Mißstände hieraus in der Praxis folgen müßten, hat Lenel eingehend dargelegt[2]). Das Bedürfnis einer besonderen condictio ob causam finitam („Wegfall des Rechtsgrundes einer Leistung") hat der Entwurf selbst erst künstlich geschaffen[3]). Bei der condictio ob turpem causam („verwerflicher Empfang") begegnet wieder der schon oben angefochtene Begriff des Verstoßes „gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung"[4]). Die Fassung der „condictio sine causa" („sonstiges grundloses Haben") ist schließlich nicht einmal weit genug ausgefallen, um die übrigbleibenden Fälle, in denen es einer Bereicherungsklage bedarf, zu decken[5]).

Der zweite Titel (§§ 749—761) handelt von der „Geschäftsführung ohne Auftrag". Auch hier schließt sich der Entwurf so eng wie möglich an die römischen Grundsätze über negotiorum gestio an und entscheidet hauptsächlich nur eine Reihe von Kontroversen der gemeinrechtlichen Doktrin. Nicht immer mit Glück! Bedenklich ist insbesondere die strenge Durchführung des „subjektiven Prinzips" (Motive S. 860 ff.), nach welchem über die Ersatzansprüche des Geschäftsführers nicht der objektive Maßstab der Notwendigkeit oder Nützlichkeit seiner Handlungsweise, sondern lediglich deren Übereinstimmung mit den richterlich zu ermittelnden mutmaßlichen Inten-

[1]) Vgl. Bähr S. 413—414. Auch Meischeider S. 71—72.

[2]) Vgl. Lenel S. 214 ff.; neben § 742 operieren auch die §§ 290 Abs. 2, 667 u. 684 Abs. 2 mit der Voraussetzung. Vgl. auch Meischeider S. 73.

[3]) Vgl. Hartmann S. 330, Meischeider S. 74, Lenel S. 235. Zu der Fiktion der Rechtshängigkeit in § 746 auch Fischer S. 35.

[4]) Oben S. 168 zu § 106. Vgl. Hartmann S. 331—332.

[5]) Vgl. Hartmann S. 332—335.

tionen des Geschäftsherrn entscheiden soll, ohne daß es darauf ankäme, ob der Geschäftsführer bei Anwendung voller Sorgfalt die etwaige besondere Willensmeinung des Geschäftsherrn zu erkunden im stande war oder nicht[1]).

Der dritte Titel (§§ 762—773) trifft unter der Überschrift „Gemeinschaft" generelle Bestimmungen über das Rechtsverhältnis, welches sich ergiebt, wenn „ein Recht ungeteilt mehreren Personen zusteht". Dieses allgemeine Gemeinschaftsrecht soll auch für alle besonderen Arten der Rechtsgemeinschaft gelten, sofern nicht für dieselben etwas Abweichendes vorgeschrieben ist. Es soll namentlich auch auf die aus einem Gesellschaftsverhältnis entspringende Gemeinschaft Anwendung finden, bezüglich welcher jedoch ausdrücklich auf die bei der Regelung des Gesellschaftsvertrages festgesetzten Modifikationen hingewiesen wird (§ 773). Wir haben oben schon von der Ungehörigkeit dieser Einordnung des ganzen allgemeinen Gemeinschaftsrechtes in das „Recht der Schuldverhältnisse" gesprochen und die individualistische Struktur des den Entwurf beherrschenden Gemeinschaftsbegriffes charakterisiert. Auf das einzelne werden wir an einer anderen Stelle näher eingehen[2]). Hier skizzieren wir nur die Grundzüge des vorgeschlagenen Rechts. Jede Gemeinschaft, für welche nicht das Gesetz selbst eine Ausnahme macht, ist eine „Gemeinschaft nach Bruchteilen" (§ 762). Der Entwurf kennt solche Ausnahmen nur bei der ehelichen Gütergemeinschaft und bei der zur offenen Handelsgesellschaft erhobenen Erwerbsgesellschaft. Im übrigen kann auch durch Vereinbarung der Teilhaber niemals eine auf ein anderes Prinzip gebaute Gemeinschaft geschaffen und so etwa kraft der Vertragsfreiheit der deutsche Gemeinschaftsgedanke gerettet oder wieder-

[1]) Die meisten neueren Gesetzbücher führen ganz oder teilweise das „objektive Prinzip" durch, das den Bedürfnissen des Verkehrs und den Anforderungen von Treue und Glauben besser entspricht. Der gewissenhafte, durch die Umstände dringend zur Einmischung aufgerufene Geschäftsführer darf doch nicht unter den ihm unbekannten launenhaften oder zweckwidrigen Intentionen des Geschäftsherrn leiden! Die in § 755 gemachte Ausnahme deckt nur wenige von den Fällen, in denen der Grundsatz des § 753 höchst unbillige Ergebnisse zu Tage fördert. An uneigennützige Hülfsbereitschaft ist gar nicht gedacht, die Kulturbedeutung des Eintretens für den Mitmenschen bleibt unbeachtet, von ausgleichender Gerechtigkeit ist nicht die Rede. Treffend hiergegen Hartmann S. 338—342 (mit Vorschlag einer anderen Fassung des § 755). — Viel wäre auch über § 754 Abs. 2 zu sagen.

[2]) In der Abhandlung über „Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe".

belebt werden (Motive S. 873)[1]). Die „Gemeinschaft nach Bruchteilen“ aber ist die römische communio. Jeder Teilhaber hat an dem gemeinschaftlichen Gegenstande einen (im Zweifel gleichen) ideellen Anteil, über den er frei verfügen kann (§§ 763—764). Ein Vorkaufs- oder Näherrecht der Mitteilhaber giebt es nicht (Motive S. 874). Kraft seines Anteilsrechtes hat jeder Teilhaber ein durch das Mitgebrauchsrecht der übrigen Teilhaber beschränktes Gebrauchsrecht an dem Gegenstande und einen Anspruch auf einen verhältnismäßigen Bruchteil von Früchten (§ 765 Abs. 2), ist aber auch verpflichtet, die Lasten und Kosten verhältnismäßig zu tragen und eventuell zu ersetzen (§ 766). Nur allen Teilhabern gemeinschaftlich steht die rechtliche und thatsächliche Verfügung über den Gegenstand im ganzen zu (§ 763). Ebenso die Verwaltung (§ 765 Abs. 1). Letztere jedoch mit zwei Modifikationen. Einmal kann „eine der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters entsprechende und das Recht eines Teilhabers auf den ihm gebührenden Anteil an den Nutzungen nicht verletzende Verwaltung und Benutzung“ durch Stimmenmehrheit (und zwar nach der Größe der Anteile) beschlossen werden (§ 765 Abs. 3). Sodann ist jeder Teilhaber verpflichtet, „zu einer behufs Erhaltung des Gegenstandes erforderlichen Maßregel im voraus seine Einwilligung zu geben“ (§ 766). Jeder Teilhaber kann zu jeder Zeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen (§ 767). Hiervon werden im Entwurf nur geringfügige gesetzliche Ausnahmen gemacht. Durch Vereinbarung aber kann das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nur auf Zeit und nicht länger als dreißig Jahre ausgeschlossen werden. Auch erlischt eine solche Vereinbarung im Zweifel durch den Tod eines Teilhabers und ist beim Konkurse desselben für den Konkursverwalter nicht bindend. Sie wirkt überhaupt nur obligationenrechtlich, so daß sie für den dritten Erwerber eines Anteils nicht vorhanden ist und folgeweise jeder Teilhaber, da auch die Veräußerung des Anteils nicht verhindert werden kann, trotzdem die Zerstörung der Gemeinschaft vor der Zeit herbeizuführen vermag. Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft ist unverjährbar (§ 768). Als regelmäßige Beendigungsart wird der Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und die Teilung des Erlöses behandelt: die Teilung in Natur kann nur verlangt werden, wenn „der gemeinschaftliche Gegenstand sich ohne

[1]) Hiergegen auch Sohm, Die deutsche Genossenschaft S. 42.

Verminderung seines Wertes in so viele gleichartige Teile zerlegen läßt, daß jeder Teilhaber einen seinem Anteile nach Größe und Wert entsprechenden Teil erhalten kann" (§ 769). Die wichtige Frage, inwieweit ein Anspruch auf Naturalteilung eines gemeinschaftlichen Grundstücks besteht, wird hiernach regelmäßig zwar im Sinne der Erhaltung des Grundstücks, je nach den Umständen aber auch im Sinne der Zerstückelung entschieden werden müssen. Bei der Teilung sind zugleich die aus der Gemeinschaft entsprungenen obligationenrechtlichen Ansprüche der Teilhaber gegeneinander aus den Anteilen zu berichtigen (§ 770). In der Hand des Singularsuccessors aber ist der Anteil für die Forderungen gegen den bisherigen Teilhaber wiederum in keiner Weise verhaftet (Motive S. 886). Soweit der gemeinschaftliche Gegenstand oder ein Teil desselben einem Teilhaber zugeteilt wird, hat jeder der übrigen Teilhaber für seinen früheren Anteil nach den Regeln über Veräußerungsverträge Gewähr zu leisten (§ 771). Der Entwurf kennt kein adjudikatorisches Teilungsurteil: der Richter hat nur über die Begründetheit oder Unbegründetheit der gestellten Parteianträge zu erkennen (Motive S. 883). Da im einzelnen Falle vielfach schwer vorauszusehen ist, welcher Teilungsmodus nach den Vorschriften des § 769 sich als gesetzlich begründet herausstellen wird, kann die Abschaffung des gemeinrechtlichen Teilungsurteils zu bedenklichen Ergebnissen führen. Für den Fall der Unzulässigkeit oder thatsächlichen Unausführbarkeit einer Aufhebung der Gemeinschaft kann jeder Teilhaber verlangen, „daß die übrigen Teilhaber in eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Art der Verwaltung einwilligen" (§ 772). Auch hier aber hat der Richter nicht von sich aus die angemessene Maßregel zu bestimmen, sondern nur über die gestellten Anträge sein Urteil zu fällen (Motive S. 888). — Wie man sieht, bleibt der Entwurf bis zuletzt seinem individualistischen Grundprinzip treu: die Gemeinschaft erschöpft sich nach außen und nach innen in getrennten Anteilen, deren Sonderung nur an dem objektiven Zusammenhange, welchen die Ungeteiltheit des Gegenstandes notwendig begründet, eine Grenze findet; eine strengere Bindung ist nur auf obligationenrechtlichem Wege und daher niemals mit Wirkung nach außen möglich; alle gesetzlichen Ansprüche der Teilhaber gegeneinander sind gewöhnliche Obligationen und von solchen auch hinsichtlich ihrer Geltendmachung nicht verschieden; die Gemeinschaft ist ein an sich anomales Verhältnis und strebt ihrem natürlichen „Entwickelungs-

gange" gemäß nach Herstellung normaler Verhältnisse durch Teilung; unteilbare Gemeinschaften sind unzulässig[1]).

In einem vierten Titel über „Vorlegung und Offenbarung" beschließt der Entwurf das zweite Buch mit Vorschriften über die „actio ad exhibendum" nebst dem Anspruch auf Urkundenedition (§§ 774—776) und über die Verpflichtung zur Ableistung des Manifestationseides (§ 777)[2]).

---

[1]) Eine Reihe von Verbesserungsvorschlägen zu Tit. 3 macht Hartmann S. 342—352; er will jeden Teilhaber zur prozessualen Vertretung der Gemeinschaft in Ansehung der Feststellung, Sicherung und Erhaltung ihrer Rechte berufen, die gemeinrechtliche Adjudikationsbefugnis des Richters wiederherstellen und den Zurückbehaltungsanspruch des § 770 auch gegen den Rechtsnachfolger des Teilhabers gewähren. — Vgl. auch Fischer S. 84—85.

[2]) Vgl. zu diesem Titel Fischer S. 38—40 u. Hartmann S. 352—358. Der letztere will die Pflicht der „Offenlegung" (statt „Vorlegung") wesentlich erweitern und im Falle der Verweigerung des Offenbarungseides dem Gegner das Recht der eidlichen Abschätzung gewähren.

Sechster Abschnitt.

Das Sachenrecht des Entwurfes[1]).

In seinem **Sachenrecht** entlehnt der Entwurf dem deutschen Recht eine Reihe wichtiger Institute. Doch beschränkt er sich auch hier auf die nach Lage der Verhältnisse nun einmal unvermeidlichen Zugeständnisse. Und selbst wo er mit deutschrechtlichem Stoffe arbeitet, durchdringt er denselben mit undeutschem Geiste. Man hat es schon als eine nationale That des Entwurfes gepriesen, daß er im Gegensatz zum römischen Recht die Rechte an unbeweglichen und an beweglichen Sachen auf eine verschiedene Grundlage stellt und bei jenen das Grundbuchsystem, bei diesen das Traditionssystem durchführt. An bescheidene Ansprüche gewöhnt, müssen wir es dankbar begrüßen, wenn das „gemeine" Recht, welches ja doch in Homburg und für gewisse Grundstücke in Ratzeburg noch gilt (Motive III S. 12), nicht in seine frühere Herrschaft wiedereingesetzt wird! Allein der Entwurf sucht die Unterschiede zwischen den Rechten an liegenschaftlichem Gut und an Fahrnis möglichst auf ungleiche äußere Voraussetzungen des Erwerbes und Verlustes zu reduzieren. Eine Verschiedenheit des Inhalts erkennt er im Prinzip nicht an. Viel-

[1]) Vgl. Cosack, Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechtes der unbeweglichen Sachen im Entwurf u. s. w., Heft 13 der Beiträge; Krech, Die Rechte an Grundstücken nach dem Entwurf u. s. w., Heft 14 der Beiträge; Max Wolff, Zum Sachenrecht des Entwurfs u. s. w., Gutachten S. 619—630; Opitz S. 13—44 („Die Rechte an Grundstücken"); E. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit, ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zur Kritik des Entwurfs u. s. w., Berlin 1889.

mehr hält er, indem er die ganze Fülle der in Sonderrechte verwiesenen deutschrechtlichen Materien aus seinem Gesichtskreise verbannt, die Fiktion aufrecht, als sei an sich das Recht des Individuums an einem Teil des Erdkörpers dem Individualrecht an einer beliebigen Mobilie vollkommen wesensgleich. So gelangt er zu einer Konstruktion des Grundeigentums, welche diejenigen Parteien mit Freuden begrüßen werden, die das Heil der Zukunft von einer Abschaffung des Privateigentums an Grund und Boden erwarten. Denn was können sie sehnlicher wünschen, als daß der Eigentumsbegriff in romanistischer Starrheit durch extreme Prätensionen sich selbst die Wurzeln abgrabe? Bei einer derartigen inhaltlichen Gleichsetzung des Grundeigentums mit dem Mobiliareigentum kann aber der Entwurf auch das deutsche Grundbuchsystem nicht in deutschem Geiste ausgestalten. Vielmehr dient dasselbe dem Entwurfe wesentlich nur zur Mobilisierung und somit schließlich dennoch zur Romanisierung des Immobiliarsachenrechtes. Es wird in undeutscher Weise dergestalt überspannt und formalisiert, daß der Grundbesitz zwar an Verkehrsfähigkeit sich der Kaufmannsware nähert, jedoch in seinen socialen und wirtschaftlichen Lebensbedingungen vielfach bedroht wird [1]). Der Entwurf nimmt ferner unter die neben dem Eigentum anerkannten dinglichen Rechte außer römischen jura in re aliena auch dingliche Rechte deutscher Herkunft auf. Allein er erklärt nicht nur im Gegensatz zum deutschen und preußischen Recht die Zahl der dinglichen Rechte für geschlossen (Motive S. 3) [2]), sondern huldigt auch in

---

[1]) Krech S. 4 Anm. 1 meint, der „deutsche Geist" habe sich eben auch in der Beseitigung der auf „gewissen Anschauungen über die sociale Bedeutung des Grundeigentums" beruhenden Rechtsbildungen bethätigt, nachdem „die Überzeugung von ihrer wirtschaftlichen Schädlichkeit" durchgedrungen sei; „was vom römischen Rechte in unser Fühlen und Denken aufgenommen", sei für uns nichts Fremdes mehr. Dagegen erblickt Krech S. 3 in der Gegenströmung gegen die Mobilisierung des Grundbesitzes keine Äußerung des „deutschen Geistes", sondern nur „eine zur Zeit in weiten Kreisen verbreitete sociale Richtung", die augenblicklich zwar in dem Auf- und Abwogen des wirtschaftlichen und politischen Lebens sogar auf die Gesetzgebung Einfluß erlangt habe, jedoch dem über dem Wechsel der Zeiten und der Parteien stehenden „reinen Privatrecht" fremd bleiben müsse. — Wir haben nichts hinzuzusetzen.

[2]) Gegen die geschlossene Zahl der dinglichen Rechte vgl. insbesondere auch Fuchs S. 5—7, L. Jacobi, Arch. f. bürg. Recht Bd. 2 S. 54. Dafür Krech S. 5 Anm. 2, der aber mindestens die Verdinglichung von Miete und Pacht durch Eintragung zulassen will. Vgl. überhaupt die oben S. 238 Anm. 3 angeführten Schriftsteller, unter denen namentlich Fischer und Boyens für den Fall des

Bezug auf das Verhältnis der beschränkten dinglichen Rechte zum Eigentum durchaus der römischen Auffassung[1]). Auch im Mobiliarsachenrecht weiß er die nicht wohl abzuweisenden deutschrechtlichen Grundsätze (insbesondere die Beschränkung der Eigentumsverfolgung und die Abhängigkeit des Pfandrechts vom leiblichen Besitz) dergestalt zuzustutzen, daß sie sich einem im wesentlichen romanistisch angelegten System ohne Schwierigkeit einfügen.

Der Entwurf erstrebt, um die Formalisierung des Sachenrechts durchführen zu können, überall die möglichste Verselbständigung dieses Rechtsteiles gegenüber anderen Rechtsteilen (Motive S. 1). Wir haben schon gesehen, wie dieselbe Tendenz das Obligationenrecht durchzieht und von dort aus die Verbindungsfäden zwischen Obligationenrecht und Sachenrecht abschneidet. In gleicher Weise wird nun vom Sachenrecht her ein scharfer Trennungsschnitt vollzogen. Die Aufgabe, das Sachenrecht von jeder obligationenrechtlichen Grundlage loszureißen, erfüllt namentlich der das Recht der unbeweglichen wie der beweglichen Sachen beherrschende „abstrakte dingliche Vertrag", der nicht bloß als ein Institut des rechtsgeschäftlichen Formalismus, sondern als ein vollkommen in sich abgeschlossenes zweites materielles Rechtsgeschäft neben dem obligationenrechtlichen Vertrage erscheint (vgl. oben S. 187 ff.). Künstlichere Mittel noch müssen angewandt werden, um auch den Inhalt der Sachenrechte von aller obligationenrechtlichen Beimischung zu entleeren. Besondere Dienste leistet in dieser Richtung der „Anspruchsbegriff", indem der Entwurf überall von dem Sachenrecht aus ihm hervorwachsende „Ansprüche" unterscheidet, welchen er ein selbständiges rechtliches Dasein beilegt. So kann der Entwurf, wie die Motive triumphierend hervorheben, das Obligationenrecht und das Sachenrecht als zwei verschiedene Welten behandeln, deren jede nur um ihrer selber willen da ist und in deren jeder diametral entgegengesetzte „Prinzipien" walten. Vor allem wird nun, wie im Obligationenrecht das Prinzip der Vertragsfreiheit bis an die äußersten Grenzen verwirklicht wird, so im Sachenrecht umgekehrt das Prinzip der absoluten Norm bis zur Vernichtung aller Gestaltungsfreiheit der Beteiligten durch-

Besitzes oder der Eintragung, Meibom wenigstens für den Fall der Eintragung Miete und Pacht als dingliche Rechte anerkennen wollen.

[1]) Vgl. oben S. 45; meinen Vortrag über die sociale Aufgabe des Privatrechts S. 25. Selbst Krech S. 1 Anm. 2 betont dem Entwurfe gegenüber, daß das Eigentum eben doch nicht das Grundstück ist, sondern „zu den Rechten an Grundstücken gehört".

geführt[1]). In gleicher Weise wird das Sachenrecht den übrigen Rechtsteilen und namentlich dem gesamten Socialrecht gegenüber dergestalt isoliert, daß für sein Wesen nichts mehr darauf ankommt, ob und wie es etwa im Familienrecht, im Körperschaftsrecht oder im öffentlichen Recht wurzelt oder mit seinen Wirkungen in die personenrechtlichen Zusammenhänge der Menschen hineinreicht. Überall ist es dasselbe abstrakte, rein individualistische System einseitiger Machtbefugnisse. Dieser Aufbau des Sachenrechts im Sinne einer sich selbst genügenden Souveränität wird wiederum durch eine begriffliche Gewaltthat ungeheuerlichster Art vermittelt. Wie die Obligation nichts als ein persönliches Band, so soll das dingliche Recht nichts als „eine rechtliche Beziehung der Person zur Sache“ sein: es soll sich als „unmittelbare Macht der Person über die Sache“ unabhängig von dem „Vorhandensein eines Verpflichteten“ äußern. In Wahrheit sind zuletzt alle Rechte Beziehungen von Personen zu Personen: nur zwischen lebendigen Willensträgern, nicht zwischen mir und meinem Spazierstock ist ein Rechtsverhältnis denkbar. Wir können daher zwar eine Sache, in Bezug auf deren Beherrschung eine Person mit rechtlicher Macht gegenüber allen mit ihr in Berührung kommenden anderen Personen ausgestattet ist, in den Vordergrund rücken und als unmittelbares Objekt einer rechtlichen Herrschaft vorstellen, während wir den unbestimmten Kreis der durch das Sachenrecht Verpflichteten als nur mittelbar ergriffen betrachten. Allein wir können unmöglich von dem Vorhandensein solcher Verpflichteten ganz absehen und einen Begriff aufstellen, dem zufolge es Eigentum und dingliche Rechte auch gäbe, wenn nur ein einziger Mensch auf der Erde lebte. Eine solche Abstraktion von der Wirklichkeit muß, wie sie in theoretischer Hinsicht auf einem Denkfehler beruht, so auch praktisch ein dem realen Leben und den Bedürfnissen der menschlichen Gemeinschaft abgewandtes Recht hervortreiben[2]).

Das Sachenrecht des Entwurfes beginnt in einem ersten Ab-

---

[1]) Gegen diese absalute Trennung van Sachenrecht und Obligatianenrecht vgl. Fuchs S. 6 ff. u. 40 ff., L. Jacabi S. 53 ff., bes. S. 55.

[2]) Insaweit ist den Ausführungen van Fuchs S. 58 ff., 68 ff., 80 und sanst über den verfehlten Dinglichkeitsbegriff des Entwurfes beizutreten. Wenn aber Fuchs alle Dinglichkeit auf „Absolutheit“ des Rechtes reduzieren will, sa ist demgegenüber zu betanen, daß das Gesetzbuch sich an die valkstümlichen Rechtsvarstellungen anzuschließen hat, diesen aber die Aufnahme des Begriffes unmittelbarer Sachherrschaft in die auf eine Sache bezüglichen absoluten Rechte entspricht.

schnitt mit „allgemeinen Vorschriften". Dieselben bestehen größtenteils aus Legaldefinitionen. Doch werden nicht nur einige konkrete Rechtssätze eingeschaltet, sondern auch manche derartige Rechtssätze in der Hülle einer Begriffsbestimmung vorgetragen.

Zunächst wird der Begriff der Sache mit dem Begriff eines „körperlichen Gegenstandes" identifiziert (§ 778). Wir haben den Sachbegriff des Entwurfes schon oben (S. 44 ff.) kritisiert. Die materialistische und atomistische Auffassung der Sache im Rechtssinne bringt in alle Teile des Entwurfes Verwirrung und Zerstörung. Hier an der Eingangspforte des Sachenrechts erweist sie sich in mehrfacher Richtung als verhängnisvoll.

Es giebt keine „unkörperlichen Sachen"[1]). Allein es giebt „unkörperliche Gegenstände", welche als eine zweite Art von Rechtsobjekten neben die Sachen treten. Dies sind die „Rechte" — jedoch die Rechte stets mit Ausnahme des Eigentums. Sachenrechte sind nur an Sachen denkbar (Motive S. 2). Allein in manchen Fällen werden Rechte behandelt, als wären sie Sachen, und können nun trotzdem den Gegenstand dinglicher Rechte bilden. Wie soll hier das Unmögliche möglich werden? Es scheint, als müsse man zu diesem Behuf die Rechte durch Fiktion in Naturkörper verwandeln! Dies ist insbesondere notwendig, um die Bestimmung des § 781 Abs. 2 durchführbar zu machen, welche „Berechtigungen, die ein Blatt im Grundbuch erhalten können" den Vorschriften über „Grundstücke" unterwirft. Solche Berechtigungen können dann auch mit „Zubehörungen" ausgestattet werden, obwohl „an sich" der Zubehörbegriff auf Rechte nicht paßt (Motive S. 65). Umgekehrt können Rechte niemals Pertinenzqualität haben. Sie können natürlich auch nicht „Bestandteile" von „Sachen" sein. Allein durch positive Satzung (§ 788) wird angeordnet, daß „Rechte, welche mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind" als nicht wesentliche „Bestandteile" des Grundstückes „gelten". Das subjektiv dingliche Recht ist also, „obschon es an und für sich ein Bestandteil des Grundstückes nicht ist, doch rechtlich ebenso wie ein Bestandteil des Grundstückes zu behandeln" (Motive S. 61). Welcher Fiktionen bedarf es, um diese Gleichstellung eines Patronatrechtes oder einer Grunddienstbarkeit oder eines dinglichen Vorkaufsrechtes mit einem Stück Acker oder einer Scheune vorstellbar zu machen! Und wie sollen Rechte, die

[1]) Gegen die Beschränkung des Sachbegriffs auf körperliche Gegenstände vgl. namentlich auch Fuchs S. 5 ff., 61, 63, 64, 79—89.



„mit dem Eigentum verbunden" sind und somit offenbar dem Eigentumsrecht als besondere Rechte nach Art von Zubehörungen sich anfügen, als Sachbestandteile des Objektes jenes Eigentums gedacht werden? Einer Reihe weiterer Schwierigkeiten entzieht sich der Entwurf dadurch, daß er die Aufnahme einer allgemeinen Bestimmung über die Erstreckung des Unterschiedes zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen auf alle Vermögensgegenstände ablehnt (Motive S. 31). Er ist jedoch genötigt, für das specielle Verhältnis der „Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft" das Versäumte nachzuholen (§ 1432). Auch soll ein Reichsgesetz über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke die Lücke der Civilproceßordnung § 757 Abs. 2 ausfüllen. Hier überall müssen wieder, da es „unkörperliche Sachen" nicht geben soll, die „Rechte" auf dem Wege der Fiktion mit „körperlichen Gegenständen" gleichgesetzt werden.

Der Entwurf kennt ferner nur Sachindividuen. Er verwirft den Begriff einer körperlichen Gesamtsache (Motive S. 28)[1]. Eine Sachgesamtheit als solche sei nur ein ideales Objekt, kein körperlicher Gegenstand. Sie könne daher auch nicht dem Sachbegriff unterstellt und als Gegenstand eines Rechtes behandelt werden. Ein Recht an einem Inbegriff von Sachen sei niemals etwas anderes als eine Summe von Rechten an allen einzelnen Sachen. Wer an einem solchen Inbegriff das Eigentum geltend mache, müsse die „Erwerbung desselben an jeder einzelnen Sache, welche zu dem Inbegriff gehören soll, nachweisen". So bei einer Herde, einem Bienenschwarm, einer Bibliothek, einem Warenlager. Warum nicht auch bei einem aus losen Blättern bestehenden Manuskript, einem Kartenspiel, einem Schachspiel? Giebt es auch bei Getreide, Pulver, Erden nur ein Eigentum an den einzelnen Körnern, bei Flüssigkeiten nur ein Eigentum an den einzelnen Tropfen? Vielleicht bringt uns die naturwissenschaftliche Lehre von der Zusammensetzung der Tier- und Pflanzenkörper aus selbständig lebenden Zellen noch zu der Einsicht, daß es auch an einem Ochsen als solchem kein Eigentum geben kann! Es sind aber überhaupt nicht die Naturgegenstände in ihrer physikalischen und chemischen Totalität, sondern die durch Natur und Arbeit hervorgebrachten Sachgüter in ihren der menschlichen Willensherrschaft unterworfenen Bezügen, welche als „körperliche Sachen"

[1] Hiergegen vgl. namentlich auch Fuchs S. 62 u. 79—89.



in die Sphäre der Rechtsordnung eintreten. So wird denn auch die Abgrenzung der zu besonderen Rechtsobjekten geeigneten Sacheinheiten durch die innerhalb des Rechtslebens geschichtlich entwickelten menschlichen Vorstellungen und Bedürfnisse, nicht aber durch ein gleichförmig und unabänderlich wirkendes Naturgesetz bestimmt. Die objektive Einheit einer Herde oder einer Bibliothek ist insoweit, als der Rechtsverkehr sie anerkennt, genau so „real“ wie die objektive Einheit eines aus vielen einst selbständigen Sachen zusammengesetzten Schiffes oder eines nur ideell aus dem Erdkörper ausgesonderten Grundstücks mit seinem Pflanzenwuchs und seinen Gebäuden. Durch den Wechsel der Bienen büßt der Bienenschwarm, durch den Wechsel der Waren das Warenlager sowenig den Charakter einer beständigen Einheit ein, wie die Identität einer Maschine durch allmählichen Ersatz aller ihrer Bestandteile oder die Identität eines Tieres durch den Stoffwechsel verloren geht. Und wenn mit der Anerkennung eines Rechtes an der Gesamtsache als einem Ganzen die Möglichkeit des Bestandes abweichender Sonderrechte an einzelnen dazu gehörigen Stücken gesetzt ist, so geben die Motive selbst zu (S. 41), daß auch Sonderrechte mindestens an trennbaren Bestandteilen einer Einzelsache vor der Trennung denkbar sind. Somit lag für den Entwurf nicht der mindeste Grund vor, einer neueren Doktrin zuliebe den in der bisherigen Gesetzgebung und ebenso in der gemeinrechtlichen Praxis festgehaltenen Begriff der Gesamtsache zu verwerfen. Wohl aber hätte ihn die Rücksicht auf volkstümliche Anschauungen und dringende Verkehrsbedürfnisse von diesem Schritt zurückhalten sollen. Zum Teil sucht allerdings der Entwurf seinen Fehler durch Einzelbestimmungen zu verbessern. Allein in durchaus unzureichender Weise! Und mit welchen künstlichen Konstruktionen! Wir haben schon auf die Behelfe hingewiesen, durch welche in § 544 das vom Pächter mitübernommene Inventar einer Gesamtsache angeähnelt wird. Beispiele eines verwandten Verfahrens werden uns noch begegnen. Unter den „allgemeinen Vorschriften“ des Sachenrechts gehört hierher die Fiktion des § 780 Abs. 2. In § 780 Abs. 1 ist der Begriff der „verbrauchbaren Sachen“, wie vorher in § 779 der Begriff der „vertretbaren Sachen“, nach objektiven Merkmalen unter Bezugnahme auf die im Leben übliche Bestimmung gewisser Sachgattungen definiert[1]). Der Abs. 2 aber fügt hinzu, daß auch

[1]) Zu diesen Definitionen vgl. Koch S. 45, L. Goldschmidt S. 101.

„an sich unverbrauchbare Sachen“ (Motive S. 35) als verbrauchbare „gelten“ sollen, wenn sie „zu einem Sachinbegriff gehören, dessen bestimmungsmäßige Nutzung in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht“. Diese Behandlung gewisser Einzelsachen als etwas, was sie nicht sind, hat lediglich den Zweck, die Unzuträglichkeiten zu mildern, die sich daraus ergeben, daß die Gesamtsache und hier insbesondere ein Warenlager nicht als dasjenige gelten soll, was es ist!

Nicht minder ablehnend verhält sich der Entwurf gegen den Begriff der objektiven Vermögenseinheit (Motive S. 29)[1]. Der Vorstellung, daß ein Inbegriff körperlicher und unkörperlicher Sachen eine selbständige unkörperliche Sacheinheit bilden könne, türmt sich vom Standpunkte des Entwurfes aus sogar ein zwiefaches Hindernis entgegen, da einerseits mit seiner grobsinnlichen Auffassung die Annahme eines nicht greifbaren Rechtsobjektes und andererseits mit seiner atomistischen Betrachtungsweise die Vereinigung von Sachindividuen zu einem Ganzen unverträglich ist. Der Entwurf sieht daher in dem Vermögen stets nur eine Summe einzelner „Sachen und Rechte“. Dem Gesamtvermögen einer Person und vor allem ihrem Nachlaß verschafft er freilich trotzdem in einer Reihe von Beziehungen einen objektiven Bestand. Allein er bringt dieses Ergebnis, wie wir zum Teil schon gesehen haben und noch weiter sehen werden, ohne Opferung seines Prinzips durch allerlei künstliche Mittel zu stande. Und gänzlich verwirft er den Gedanken des Sondervermögens, als dessen etwaige geschichtliche Verwirklichungen den Motiven natürlich nur „peculium“ und „dos“ bekannt sind, während sie von allen deutschrechtlichen Sondervermögensbildungen (Lehns-, Fideikommiß-, Grund-, Gesellschafts-, Gemeinschafts-, Ehe-, Haus-, Berg-, Handels-, Schiffsvermögen u. s. w.) schlechthin nichts wissen. In welcher Weise er infolge hiervon das Gesellschafts- und Gemeinschaftsrecht konstruiert, haben wir schon besprochen. Von dem Mangel des Begriffes eines Grundvermögens werden wir noch zu reden haben. Auch wird uns bei der Kritik des Familiengüterrechts die Würdigung des kümmerlichen Ersatzes obliegen, durch den hier geholfen werden soll. Die sonstigen Fälle von Sondervermögen treten nicht in den Horizont des Entwurfes. So kann er denn die „universitas juris“, wie die Motive die objektive Vermögenseinheit in Anlehnung an die ihnen allein vertraute ältere Pandektendoktrin

[1] Vgl. gegen dieses Verhalten des Entwurfes auch Fuchs a. a. O., bes. S. 88.

nennen, aus der Reihe der Rechtsobjekte streichen und jede Festsetzung des Vermögensbegriffes aus seinen für das Sachenrecht grundlegenden Begriffsbestimmungen verbannen.

Wenn so die Sachindividuen sich nicht zu höheren objektiven Einheiten verbinden können, so sind sie in sich selbst nach der Auffassung des Entwurfes streng abgeschlossene Einheiten. Dies tritt vor allem in seinen Vorschriften über Sachbestandteile zu Tage[1]). Zwar erklärt er auffallenderweise ein Sonderrecht an einem Sachbestandteil nicht für logisch undenkbar und hält sogar die Möglichkeit solcher Sonderrechte an einem „nicht wesentlichen" Bestandteil vor dessen Auslösung offen. Allein durch positive Satzung schließt er an „wesentlichen" Bestandteilen „ein von dem Rechte an der Sache im ganzen abgesondertes Recht" absolut aus (§ 782). Und wenn er als „wesentlich" an sich nur solche Bestandteile betrachtet, „welche voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder andere Bestandteil zerstört oder in seinem Wesen verändert wird", so fügt er durch weitere positive Satzungen eine Reihe von Fiktionen hinzu, kraft deren bei Grundstücken auch die wichtigsten unwesentlichen Bestandteile als wesentliche „gelten" sollen. In dieser Weise schreibt er die Eigenschaft wesentlicher Bestandteile eines Grundstücks allen mit Grund und Boden fest verbundenen Sachen und namentlich den Gebäuden, die Eigenschaft wesentlicher Bestandteile eines Gebäudes allen demselben zu dessen Herstellung und nicht bloß zu einem vorübergehenden Zweck eingebauten Sachen zu (§ 783)[2]). Desgleichen stempelt er alle Bodenerzeugnisse vor ihrer Trennung, den Samen, sobald er ausgesäet ist, die Pflanze, sobald sie Wurzel gefaßt hat, zu wesentlichen Grundstücksbestandteilen (§ 784). Nur solchen Sachen und insbesondere Gebäuden, deren Verbindung mit einem Grundstück ein anderer als dessen Eigentümer befugterweise zu einem bloß vorübergehenden Zweck oder ein am Grundstück Berechtigter kraft Ausübung seines Rechtes in eigenem Interesse bewirkt hat, spricht er durch eine willkürliche Ausnahmesatzung die Bestandteilseigenschaft überhaupt ab (§ 785). Durch einen ferneren

[1]) Vgl. zu denselben L. Goldschmidt S. 102 ff.; M. Wolff S. 620 bis 621; Krech S. 47 ff.

[2]) Ob der Entwurf die von dem Eigentümer selbst zu bloß vorübergehendem Zweck mit einem Gebäude verbundenen Sachen überhaupt nicht als Bestandteile ansehen will, wie die Motive S. 44 meinen, oder ob er sie für unwesentliche Bestandteile erklärt, wie Krech S. 50—51 behauptet, ist schwer zu erraten.

künstlichen Ausbau des Legalbegriffes „wesentlicher Bestandteil" regelt er mittelbar die Rechtsverhältnisse an einem durch Naturgewalt von einem Grundstück losgerissenen und mit einem anderen Grundstück vereinigten Bodenteil (§ 786). Er nennt seltsamerweise ein derartiges Fragment gleich unserem Planeten selbst einen „Erdkörper", womit er vermutlich das Bedenken abwehren will, ob denn eine lose Erdmasse ein einheitlicher „körperlicher Gegenstand" im Sinne des § 778 ist. Ein solcher verselbständigter Erdkörper soll dann ein wesentlicher Bestandteil des anderen Grundstücks werden, „wenn entweder seine Unterscheidung von diesem Grundstücke nicht mehr möglich ist oder wenn die Vereinigung ein Jahr bestanden hat, ohne daß der Eigentümer oder ein sonstiger Berechtigter sein Recht an dem Erdkörper durch Erhebung der Klage geltend gemacht hat"[1]. Schließlich sollen, wie schon erwähnt ist, auch die subjektiv dinglichen Rechte als Bestandteile, jedoch nicht als wesentliche Bestandteile des Grundstücks gelten (§ 788). Die Sacheinheit, in welcher alle diese immobiliaren Bestandteile enthalten sein können, ist lediglich das „einheitliche Grundstück"[2]. Ein solches wird durch die flurbuchmäßige Verzeichnung einer begrenzten Fläche unter einer besonderen Nummer hergestellt (§ 787 Abs. 1). Doch ist, um nicht die bisher als Einheiten betrachteten Landgüter, Rittergüter, Bauerngüter u. s. w. gänzlich zerstören zu müssen, die Bestimmung hinzugefügt, daß auch eine Mehrheit im Flurbuch besonders numerierter Grundstücke als einheitliches Grundstück gelten soll, falls sie als solches im Grundbuch gebucht ist (§ 787 Abs. 2). Veränderungen der Grundstückseinheiten erfolgen durch entsprechende Einträge im Flurbuch oder Grundbuch. Privatrechtliche Teilungsbeschränkungen sind ausgeschlossen; landesgesetzliche Verbote oder Erschwerungen der Bodenteilung aus Gründen des öffentlichen Wohles bleiben unberührt. Der Landesgesetzgebung wird auch die Zulassung lastenfreier Abschreibungen auf Grund von Unschädlichkeitszeugnissen vorbehalten. Eine derartige Grundstückseinheit mit allen ihren wesentlichen und nicht wesentlichen Bestandteilen ist als ein körperlicher Gegenstand zu denken, der als ein „Ausschnitt" aus unserem Planeten durch Flächen begrenzt wird, „welche von den auf

[1] Diesen § 786 bezeichnet L. Goldschmidt S. 172 als „geradezu unglaublich".

[2] Vgl. die gute Zusammenstellung der im Entwurf selbst und in den ergänzenden Bestimmungen des (zur Zeit noch nicht veröffentlichten) Entwurfes der Grundbuchordnung enthaltenen Vorschriften, nach welchen die Grundstückseinheiten künftig gestaltet werden sollen, bei Krech S. 8—10 u. 53—54.

der Oberfläche befindlichen Grenzlinien in senkrechter Richtung nach dem Mittelpunkt der Erde zu sich ausdehnen, bis sie ineinander zusammenlaufen" (Motive S. 48). Dieselben Grenzflächen erstrecken sich dann natürlich über der Oberfläche in divergenter Richtung bis in den Himmelsraum hinein. So hat der Entwurf das unbewegliche Sachindividuum zu stande gebracht, welches als einheitlicher „körperlicher Gegenstand" die Eigenschaft einer „Sache im Sinne des Gesetzes" empfängt. Wie verkünstelt und willkürlich aber ist diese ganze Konstruktion! Zunächst wird auf Grund papierner Grenzlinien ein ideeller Erdausschnitt vollzogen. Dann entscheiden greifbare objektive Merkmale über die Bestandteilseigenschaft der in diesem Raum befindlichen Gegenstände. Alsbald aber wird manchen Dingen trotz des Vorhandenseins dieser Merkmale die Bestandteilseigenschaft aus rein subjektiven Gründen wieder entzogen, so daß man einem Gebäude oder einer eingebauten Sache niemals ansehen kann, ob sie Grundstücksteile oder selbständige Sachen sind. Die Bestandteilseigenschaft kann sogar durch Versäumung einer Klagefrist entstehen. Auch giebt es unsichtbare Bestandteile des Bodenkörpers. Steht die Bestandteilseigenschaft fest, so entscheiden zum Teil natürliche Sachverhältnisse, zum größeren Teil jedoch gesetzliche Fiktionen darüber, ob ein „wesentlicher" oder „nicht wesentlicher" Bestandteil vorliegt. Eine derartige Gesetzestechnik, die mit Worten und Begriffen von gegebenem objektivem Gehalt wie mit Rechenpfennigen umspringt, ist in einem deutschen Gesetzbuch auch da nicht erlaubt, wo der von ihr erzielte Erfolg sachlich angemessen ist[1]). Es ist jedoch zu besorgen, daß die formalistischen Bestimmungen des Entwurfes unser Rechtsleben auch in materieller Hinsicht schädigen würden. Sollte wirklich der römische Satz „superficies solo cedit" eine ewige und absolute Geltung beanspruchen können, während er dem preußischen und französischen Recht fremd ist und in der modernen Welt mehr als jemals zu unerträglichen Konsequenzen führt[2])? Ist es wirklich die Aufgabe des deutschen Gesetzbuches, das Stockwerkseigentum als „Regelwidrigkeit" und schon um der mit ihm verbundenen „Gemeinschaft" willen soviel wie möglich zu „bekämpfen" (Motive S. 40)? Liegt wirklich eine Notwendigkeit vor, durch gesetzgeberischen Machtspruch den Gedanken eines „Bergwerkseigentums" zu ertöten und die

[1]) Vgl. L. Goldschmidt S. 103: „Das heißt doch mit den Begriffen umspringen wie mit Marionetten." Dagegen scheint Krech diese ganze Methode zu billigen.

[2]) Vgl. Kuntze, Kojengenoss. u. Geschoßeigentum S. 61 ff.

Konstruktion desselben als eines jus in re aliena uns aufzuzwingen (Motive S. 42)? Hat nicht die vom Preußischen Landrecht anerkannte Möglichkeit eines abgesonderten Eigentums an den Früchten auf dem Halm sehr viel mehr innere Berechtigung, als die unser Rechtsgefühl verletzende Bestimmung, daß die Erzeugnisse des Aufwandes und der Arbeit des Pächters bis zur Ernte dem Verpächter gehören? Bedürfte es nicht mindestens hier und in vielen anderen Fällen eines dinglichen Auslösungsrechtes desjenigen, dem ein „wesentlicher Bestandteil" der fremden Sache von Gott und Rechts wegen zukommt[1])? Ganz kann auch der Entwurf sich der Notwendigkeit nicht entziehen, gewisse „Interessen" gegen die Konsequenzen seines Prinzips zu schützen (Motive S. 47). Allein da ihm Prinzipientreue über alles geht, so erkennt er auch in solchen Ausnahmefällen ein Sonderrecht an einem „wesentlichen Bestandteil" nicht an, sondern schafft lieber durch eine Rechtsdichtung die unbequeme Eigenschaft des Bestandteils, Bestandteil zu sein, aus der Welt! Um dem Pächter an den nur für die eigene Nutzung während der Pachtzeit errichteten Gebäuden oder eingesetzten Pflanzen, dem Wasserleitungsberechtigten an den eingelegten Röhren ein dingliches Recht zu wahren, muß erst ein Gegenstand, welcher „an sich" Sachteil ist, als selbständige Sache fingiert werden[2])!

Liegt aber nicht wenigstens in der Aufnahme des Pertinenzbegriffes ein Bruch mit dem atomistischen Grundprinzip des Entwurfes? Die Zubehöreigenschaft wird in § 789 als ein Verhältnis von Sache zu Sache definiert und auf rein objektive Merkmale gegründet. Auch wird in § 791 das gewerbliche Gebäudeinventar und das landwirtschaftliche Gutsinventar in Übereinstimmung mit dem deutschen und modernen Recht zu den Pertinenzen gezählt[3]). Man sollte also meinen, daß hier der Gedanke eines mit dem Fortbestande besonderer Sachqualität der Einzelsachen vereinbaren Sachenverbandes zum Durchbruch kommen müsse. Weit gefehlt! Der Entwurf legt im engsten Anschluß an das römische Recht dem Pertinenz-

[1]) Für ein dingliches Trennungs- bezw. Rückfallsrecht an Sachteilen spricht sich auch Kohler, Jahrb. f. Dogm. Bd. 26 S. 45 ff., aus. Dagegen Krech S. 49.

[2]) Auch durch die Bestimmung des § 1067 Z. 1 und durch die Aufrechthaltung der §§ 714 u. 725 der C.Pr.O. in Art. 9 des E. G. durchbricht der Entwurf die doktrinäre Regel des § 782.

[3]) Mit Recht verlangt Wolff S. 622, daß als Zubehör eines Landgutes nicht bloß der erforderliche, sondern der vorhandene Dünger erklärt werde.

verhältnis als solchem lediglich die Bedeutung eines Auslegungsmittels bei Verträgen bei: das eine Sache betreffende Rechtsgeschäft unter Lebenden „erstreckt sich im Zweifel auch auf diejenigen Sachen, welche zur Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäftes Zubehör jener Sache sind" (§ 790). Dagegen gesteht er dem wirtschaftlichen Ganzen, welches die Hauptsache mit ihren Zubehörstücken bildet, irgend eine „sachenrechtliche" Bedeutung nicht zu (Motive S. 62 und 65). Er verwirft den im deutschen Rechte wurzelnden, im Preußischen Landrecht und in anderen Gesetzbüchern teilweise durchgeführten, für das heutige Rechtsleben unentbehrlichen Gedanken, daß die Zubehörstücke kraft des objektiven Zusammenhanges von Rechts wegen die juristischen Schicksale der Hauptsache teilen. Hiermit hätte er ja im Widerspruch mit seinen Prinzipien ein aus mehreren Sachindividuen zusammengesetztes Sachganze anerkannt! Nun muß er freilich notgedrungen bei der Hypothek seinen Standpunkt aufgeben und wenigstens hier den Satz aufstellen, daß von dem Pfandrecht auch das jeweilige Zubehör des belasteten Grundstückes ergriffen wird. Allein er glaubt sein Gewissen salvieren zu können, indem er diesen Satz in das Hypothekenrecht verweist. Die Motive sagen hierzu geistreich: „dies ist eine Besonderheit des Hypothekenrechts, nicht eine Konsequenz des Zubehörbegriffes". So ist wenigstens scheinbar das atomistische Prinzip gerettet: auch die Pertinenz bleibt, da sie eine Sache für sich ist, ein souveränes Sachindividuum! Was verschlägt es gegenüber einem solchen Triumphe des romanistischen Prinzips, wenn wir ein Pertinenzialrecht erhalten, welches den Anschauungen und Bedürfnissen unserer Zeit schlechthin nicht Genüge leistet und die modernen Wirtschaftsverhältnisse in geradezu kulturfeindlicher Weise mißachtet[1]).

---

[1]) Hinsichtlich der einzelnen Punkte, in denen wir einer von den Vorschlägen des Entwurfes prinzipiell abweichenden Ordnung dieser wichtigen Materie bedürfen, verweisen wir auf die angeführte Abhandlung Kohlers S. 67 ff.; vgl. auch Rassow, Beitr. z. Erl. des deut. Rechts Bd. 33 S. 133–135, Cosack S. 3, Wolff S. 621–623, Krech S. 54–59, Kuntze, Betrachtungen S. 26–27. — Während Cosack die Verkehrssitte positiv entscheiden lassen will, sähe Wolff S. 621 die Bezugnahme auf dieselbe in § 789 am liebsten ganz gestrichen; ebenso Krech S. 55 Anm. 1. — Die Frage, ob nicht mit dem französischen Recht die selbständige Pfändbarkeit der Pertinenzen einzuschränken wäre (Kohler S. 92 ff.), ist nicht einmal erwogen. — Von der das Pertinenzverhältnis herstellenden Rechtshandlung, ihrer Beschaffenheit, ihrer etwaigen Vollziehbarkeit durch einen Nichteigentümer ist überhaupt nicht die Rede; Cosack S. 3 u. Wolff S. 622 nehmen an, daß hiernach jedermann das Verhältnis herstellen könne, und halten dies für bedenklich; Krech S. 55 glaubt den Entwurf so verstehen zu sollen, daß nur durch

In § 792 bringt der Entwurf eine Legaldefinition der **Früchte**, wobei er sich an die herkömmliche Unterscheidung der natürlichen und bürgerlichen Früchte anschließt und neben „Früchten einer Sache" auch „Früchte eines Rechtes" anerkennt, jedoch für die alten Begriffe sehr gewundene und schwer verständliche neue Ausdrucksformen erfindet. In wunderlicher Weise schwirren auch hier wieder die „körperlichen Gegenstände" des Entwurfes und die hypostasierten „Rechte" durcheinander, so daß z. B. „gewonnene Bodenbestandteile" die „Quelle", aus der sie „fließen", bald in der „Sache" bald aber in einem „Rechte" zu suchen haben (§ 792 Abs. 2 und Motive S. 69)[1]). Eine weitere Legaldefinition stellt den Begriff der **Nutzungen** einer Sache oder eines Rechtes dahin fest, daß dazu neben den Früchten auch die Vorteile des „Gebrauches" gehören (§ 793). Hieran schließt sich in § 794 eine allgemeine subsidiäre Vorschrift über die Verteilung der Früchte für den Fall des Eintrittes oder der Beendigung eines zeitlich begrenzten Rechtes auf Fruchtbezug: die natürlichen Früchte einer Sache sollen dem zur Zeit ihrer Trennung Berechtigten zufallen, die bürgerlichen Früchte insofern, als sie ein Äquivalent für Gebrauch oder Fruchtgenuß bilden oder in Zinsen oder Gewinnanteilen bestehen, pro rata temporis geteilt werden, alle anderen Früchte dem zur Zeit der Fälligkeit Berechtigten zufallen. Die Anwendung dieser Grundsätze auf die Auseinandersetzung zwischen dem Eigentümer und dem redlichen Besitzer wird durch eine besondere Fiktion vermittelt, kraft welcher „der Besitzer oder der Inhaber einer Sache, soweit er gegenüber dem Eigentümer zur Herausgabe der von ihm gezogenen Nutzungen nicht verpflichtet ist", „als berechtigt zur Beziehung der Früchte gilt". Während nämlich im übrigen vom Fruchtziehungsrecht an anderen Stellen des Entwurfes die Rede ist, muß in dieser Richtung hier auf künstliche Weise eine Grundlage für die Anwendung der allgemeinen Verteilungsregel geschaffen werden, weil nach der Auffassung des Entwurfes der redliche Besitzer kein Recht auf den Bezug, sondern nur ein Recht auf Nichtherausgabe der Früchte hat! Hinsichtlich der

den Eigentümer oder einen Dritten für ihn das Zubehörverhältnis begründet werden kann; Kunze S. 26 verlangt eine ausdrückliche Bestimmung in diesem Sinne. — Völlig ausgeschlossen ist die Unterstellung unbeweglicher Sachen unter den Zubehörbegriff — eine den Lebensanschauungen widersprechende Verstümmelung dieses Begriffes, für welche in den Motiven (S. 64) nur unzureichende Gründe beigebracht werden.

[1]) Sachliche Bedenken gegen die Behandlung der „zur bestimmungsmäßigen Nutzung der Sache" gehörenden „Ausbeute" als „Frucht" bei Cosack S. 3—4.

Lasten und Abgaben einer Sache oder eines Rechts ordnet eine ähnliche subsidiäre Vorschrift in § 795 an, daß sie ausschließlich der im Augenblick der Fälligkeit Verpflichtete zu tragen hat. Glatt genug sind diese Maßstäbe! Allein mit Ausnahme der Verteilung gewisser bürgerlicher Früchte nach der Zeitdauer der Berechtigung verstoßen sie wider die Gerechtigkeit! Die Motive können dies nicht ernsthaft bestreiten. Sie trösten wieder mit dem Hinweis auf die Möglichkeit, durch rechtsgeschäftliche Vorsicht der Gesetzesregel zu entgehen. Im übrigen lassen sie die Meinung durchblicken, daß Anforderungen der Gerechtigkeit nur insoweit erfüllt werden können, als sich dies mit einer einfachen und mechanischen Ordnung verträgt. Vor dem höheren Postulat der schnurgeraden Linie vermag insbesondere der deutschrechtliche Gedanke des „verdienten Gutes", wie er im sächs. Gesetzbuch § 76 durchgeführt ist und in anderen neueren Gesetzbüchern und Entwürfen wenigstens teilweise sich Geltung verschafft hat, in den Augen des Entwurfes nicht zu bestehen. Die Motive sprechen von ihm erst gar nicht. Mag er auch in seiner ethischen Tiefe sich mit dem innersten Kern unseres nationalen Rechtsbewußtseins berühren: unser nationales Gesetzbuch kann in solche Tiefen nicht hinabsteigen [1]).

Den Beschluß der „allgemeinen Vorschriften" macht ein genereller Satz (§ 796), welcher jeder rechtsgeschäftlichen Einschränkung der freien Verfügung über das Eigentum oder ein anderes dingliches Recht die Wirksamkeit gegen Dritte abspricht. Das Preußische Landrecht erklärt den Dritten insoweit für gebunden, als die Vinkulierung ihm bekannt oder in das Grundbuch eingetragen ist. Die Motive (S. 77) können nicht behaupten, daß hierdurch das Rechtsleben in Preußen Schaden gelitten habe. Allein das romanistische „Prinzip" verlangt nun einmal, daß die „rechtsgeschäftliche Aktionsfreiheit" im Obligationenrecht unbedingt, auf den übrigen Gebieten gar nicht gelte. Auch ist es „im Interesse der Rechtsordnung" geboten, das ganze Vermögen dem Flusse des Verkehrs und namentlich den Segnungen der freien Verschuldbarkeit zu erhalten.

---

[1]) Auch Cosack S. 4—8 weist die Unbilligkeit und Grundsatzlosigkeit der §§ 744—795 nach, welche „nicht bloß ein schlechtes, sondern auch für den größeren Teil Deutschlands ein verschlechtertes Recht" bringen; er will jedoch nicht den rein deutschrechtlichen Grundsatz des sächsischen Rechtes, sondern das preußischrechtliche Prinzip der Auseinandersetzung nach Bruchteilen der Gesamterträge eines Wirtschaftsjahres zu Grunde legen und nur eine Vergütung der stehenden Früchte an ihren Besteller nach Maßgabe einer „Halmtaxe" einschieben. Den Ausführungen Cosacks tritt Krech S. 103—104 bei.

Keinerlei Vorschriften enthält der Entwurf über verkehrsunfähige und über öffentliche Sachen. Er vollzieht nirgend die Abgrenzung der dem Privateigentum voll unterworfenen Gegenstände gegen die demselben ganz oder teilweise entzogenen Naturkörper. Völlig unentschieden läßt er die Frage, welche Flüsse und sonstigen Gewässer, welche Wege, Plätze und Anlagen, welche Gebäude u. s. w. als „öffentliche" zu gelten haben. Nicht mit einem Worte äußert er sich über die Rechtsverhältnisse an öffentlichen Sachen. Ob und inwieweit daran ein Eigentum besteht, wem dieses Eigentum gebührt, ob und welche dinglichen Privatrechte mit einem öffentlichen Eigentum (z. B. an Begräbnisstätten, Kirchenstühlen, Straßen, Flüssen) vereinbar sind, wie sich die Rechte auf Gemeingebrauch zu besonderen Gebrauchs- und Nutzungsrechten verhalten, — diese und ähnliche Zweifel läßt er durchaus ungelöst. Aus den Motiven ergiebt sich nur, daß der Entwurf die Anwendung sämtlicher Begriffe und Sätze seines Sachenrechts auf jegliche Sache als „Regel" betrachtet, etwaige „Ausnahmen" aber aus seinem Gesichtskreise verbannt, weil sie in das „öffentliche Recht" gehören (S. 27). Die Landesgesetzgebung wird erheblich zu thun haben, um die „Regel" des Gesetzbuches durch alle die „Ausnahmen" zu ersetzen, aus welchen allein in Zukunft eine gesunde Ordnung des Rechts der öffentlichen Sachen sich zusammenfügen kann. Das bürgerliche Gesetzbuch aber wird mit seinem individualistischen und weitaus zu engen Sachenrechtsschema auch hier in den Winkel gestellt werden müssen, wenn sich etwas Lebendiges ergeben soll.

Die im zweiten Abschnitt des Sachenrechtes vorgeschlagenen Bestimmungen über „Besitz und Inhabung" haben wir schon oben (S. 30 ff.) in sprachlicher Hinsicht beleuchtet und zugleich darauf hingewiesen, wie gerade hier die unglückliche Terminologie nur der Ausdruck einer durch und durch verfehlten, dem deutschen Rechtsbewußtsein Hohn sprechenden Gedankenbildung ist. Durch die Ausführungen der Motive wird leider nur allzusehr der Eindruck verstärkt, daß es sich hier um ein gänzlich verschrobenes und verkünsteltes, praktisch unbrauchbares Elaborat der blassesten Doktrin handelt. Überall wird lediglich an die angeblich dem reinen römischen Recht entsprechende Theorie Savignys angeknüpft, gleich als sei dieselbe die Offenbarung einer ewigen Wahrheit. Von der germanischen Gewere ist selbstverständlich nicht die Rede. Ebensowenig von der in der älteren Theorie und Praxis unter der Nachwirkung des Gedankens der Gewere vollzogenen Umbildung des römischen Besitz-

rechtes. Aber auch die Erschütterung der Lehre Savignys durch die neueren romanistischen Arbeiten über den Besitz — man denke an Ihering, Bekker, Dernburg, Bähr u. a. — bleibt unbeachtet. An der Ausgestaltung des Besitzrechtes in den großen modernen Gesetzbüchern, im Preußischen Landrecht, im Österreichischen Gesetzbuch, gehen die Motive mit vornehmem Achselzucken vorüber. Nach der Volksanschauung, nach dem Gehalt unseres wirklichen deutschen Rechtslebens wird nirgends gefragt. Dafür durchzieht die Motive ein Gespinst subtilster Deduktionen und Konstruktionen, die oft geradezu in ein leeres Spiel mit willkürlich erklügelten Begriffen ausarten. Wahrlich! Wer dem Texte des Entwurfes noch Geschmack abzugewinnen hofft, dem müssen diese Erläuterungen, falls er die Geduld besitzt, sie durchzuarbeiten, alle Lust an unserem Zukunftsrecht verderben[1]).

Unerträglich ist vor allem, wie schon oben gesagt wurde, die grundlegende Unterscheidung von „Besitz" und „Inhabung". Daß von nun an einen wirklichen „Besitz" nur haben soll, wer die thatsächliche Herrschaft über die Sache mit dem Eigentumswillen ausübt, jede andere thatsächliche Sachherrschaft aber unter den durch Übersetzung von „detentio" hergestellten Begriff einer bloßen „Inhabung" fallen soll, ist eine doktrinäre Gewaltthat, die unser Volk sich nicht bieten lassen kann und darf. Der Eigentümer, der seine Sache vermietet, verpachtet, zum Pfande gegeben hat, soll sich nach wie vor eines um kein Jota geschmälerten „Besitzes" erfreuen. Auch der Dieb soll „besitzen". Der Pächter aber, der Mieter, der Pfandgläubiger, der Nießbraucher, ja sogar der Vasall oder Erbpächter soll genau auf der gleichen Stufe eines bloßen „Detentors" stehen wie der Gutsverwalter oder der den Wagen des Bauern zur Stadt fahrende Knecht! Sie alle üben die Sachherrschaft lediglich für den Eigentumsbesitzer als dessen Vertreter aus! Offenbar aber besteht ein himmelweiter Unterschied zwischen demjenigen, welcher eine Sache in Ausübung eines Rechtes für sich selbst gebraucht und benützt, und demjenigen, welcher wirklich nur in Vertretung eines anderen

---

[1]) Inzwischen hat gerade dieser Abschnitt in hervorragenden Arbeiten eine eingehende Prüfung und eine fast einstimmige scharfe Verurteilung erfahren. Vgl. Bähr S. 481—490; Ihering, Der Besitzwille S. 470—534; Wendt, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 135—178; Meischeider S. 75—89; Cosack S. 8—21; Reatz, Der Besitz, Gutachten S. 747—824. Über einzelnes auch Zrodlowski S. 85—95; Wolff S. 623—625; L. Jacobi, Arch. f. bürg. Recht S. 39, 47—53 u. 61. In formeller Hinsicht L. Goldschmidt S. 131—143.

Besitzhandlungen vornimmt. Indem das Preußische Landrecht neben dem „vollständigen Besitz" des Eigentumsbesitzers einen „unvollständigen Besitz" des ein beschränkteres Recht ausübenden Besitzers anerkennt und beiden Fällen des echten Sachbesitzes den bloßen Verwaltungsbesitz gegenüberstellt, wird es dem deutschen Besitzesgedanken und der unaustilgbaren Volksauffassung gerecht[1]). Warum knüpft der Entwurf nicht an diese klare und praktische Ordnung an? Weil er trotz seiner deutschen Worte nichts von deutschem Besitzrecht, nur allzuviel aber von „possessio" und „detentio" weiß! Und begreif-

[1]) Gleich uns verwerfen Bähr S. 483 ff., Ihering S. 471 ff., Wendt S. 153 ff., Cosack S. 9 ff., Reatz S. 769 ff., Jacobi S. 47 ff. die Unterscheidung des Entwurfes als vollkommen verfehlt. Sie alle aber stimmen mit uns zugleich in der Forderung eines einheitlichen, die „selbstnützige Detention" einschließenden, die „prokuratorische Detention" ausschließenden Besitzesbegriffes überein. Gegen den „animus domini" richtet sich Iherings ganzes Buch; er beklagt dessen Aufnahme in den Entwurf als einen der schlimmsten doktrinären Mißgriffe, vgl. bes. S. 491 ff. Aber auch Bähr, Cosack, Reatz, Jacobi bekämpfen den § 497. Besonders energisch tritt Wendt S. 157—158 für die Ausmerzung des animus domini ein. Nicht minder einig sind die genannten Schriftsteller in dem Protest wider die Annahme des Entwurfes, daß der Nießbraucher, Pfandgläubiger, Mieter, Pächter u. s. w. alieno nomine innehabe, und in dem Verlangen der Ausdehnung des Besitzesbegriffes auf alle Fälle der in Ausübung eines eigenen Rechtes und in eigenem Interesse bestehenden Sachherrschaft; vgl. Bähr S. 485, Ihering S. 476 u. 502, Wendt S. 153 u. 158, Cosack S. 10, Reatz S. 779, Jacobi S. 47, 52 u. 61. Zugleich wenden sich Bähr S. 488, Cosack S. 9—10, insbesondere aber Ihering S. 477—491 und Reatz S. 769 ff. gegen die in § 497 ausgedrückte und den ferneren Sätzen des Entwurfes zu Grunde liegende grobsinnliche und praktisch undurchführbare Vorstellung, als fordere der Besitz eine „thatsächliche Gewalt" im Sinne des „corpus" der romanistischen Doktrin; Ihering präcisiert demgegenüber zutreffend dieses Erfordernis dahin, es bedürfe „derjenigen äußeren Gestaltung des Verhältnisses der Person zur Sache, welche durch den Zweck der wirtschaftlichen Verwendung bedingt wird"; ganz ähnlich Reatz. Eine besondere Anerkennung des Eigentumsbesitzes ohne Inhabung scheint Ihering S. 492 ff. nicht für erforderlich zu halten, während Cosack S. 9 „Eigenbesitz" und „Unterbesitz" nebeneinander statuieren, Bähr einen „ruhenden Besitz" annehmen und Reatz jeder Art von Besitz im Sinne des deutschen und preußischen Rechts gerecht werden will. Neben dem „Besitz" will Ihering mit Recht die „Detention" als ein besonderes Verhältnis anerkennen, zu dem er die „häusliche", „prokuratorische" und „momentane" Detention rechnen will (S. 503—518); er hält zur Bezeichnung dieses Begriffes den Namen „Inhabung" für geeignet, während Bähr, der von „Verwaltungsbesitz" spricht (S. 485), den Ausdruck „Inhabung" ganz ablehnt (S. 486), Wendt ihn ebenfalls für unnötig hält (S. 158—159), Cosack „die Gewahrsam" sagen will (S. 11). Mancherlei eigenartige Vorschläge, die sich zum Teil nahe mit den ursprünglichen deutschrechtlichen Vorstellungen berühren, macht Reatz a. a. O.

licherweise gelangt er so nicht bloß zu einer sprachlichen und gedanklichen Verunstaltung des Besitzrechtes, die an sich schon unheilvoll genug wirken würde. Vielmehr muß aus einer so ungesunden Theorie unausbleiblich auch eine Fülle verfehlter praktischer Folgesätze hervorsprießen. Es lohnt kaum die Mühe, allen Irrgängen nachzuspüren, in welche der Entwurf sich verliert. Wird das Fundament als unhaltbar preisgegeben, so stürzt ja von selbst auch das darauf errichtete Gebäude zusammen. Nur auf einige Hauptpunkte sei hier noch hingewiesen.

In engem Zusammenhange mit der Einschränkung des Besitzbegriffes auf den Eigentumsbesitz einerseits und mit der Einengung der sachenrechtlichen Verhältnisse auf Machtbefugnisse über körperliche Gegenstände andererseits steht die völlige Abschaffung des Rechtsbesitzes. Unserer deutschen Rechtsentwickelung und der in den neueren Gesetzbüchern durchgedrungenen und im Volke lebendigen Anschauungsweise widerspricht diese radikale Neuerung auf das schroffste. Wenn das Preußische Landrecht in dem „unvollständigen Sachbesitz" zugleich einen „vollständigen Rechtsbesitz" erblickt, so liegt darin, obschon man über die Angemessenheit der Ausdrucksweise streiten mag, ein vollkommen richtiger Gedanke. Man muß sich nur dabei stets vor Augen halten, daß in dem Worte „Rechtsbesitz" unter „Recht" nicht die subjektive Seite des Rechtes, sondern ein in demselben enthaltenes objektives Element, nicht das Machthaben der Person, sondern das durch dieses Machthaben der Person unterworfene, für sie ideell ausgesonderte Stück der äußeren Welt bezeichnet wird. Der Pächter besitzt die Sache in ihrer körperlichen Totalität „unvollständig", jedoch die durch das Pachtrecht abgegrenzten Gebrauchs- und Nutzungsleistungen der Sache „vollständig". In demselben Sinne aber entspricht auch jedem mit einem Sachbesitz überhaupt nicht verbundenen Recht, insofern nur dasselbe sich in einer dauernden thatsächlichen Herrschaft äußert, die Möglichkeit eines „Rechtsbesitzes". Wie einen Nießbrauch, so kann man eine Grunddienstbarkeit, eine Reallast, ja eine sich in wiederkehrenden Hebungen manifestierende Forderung „besitzen". Und dies ist echter Besitz, nicht bloßer Quasibesitz, dem erst künstlich eine ähnliche Bedeutung wie dem Sachbesitz verliehen werden müßte. Dieselben Gründe, welche für einen rechtlichen Schutz des Sachbesitzes sprechen, verpflichten die Rechtsordnung zu einem Schutz des Rechtsbesitzes[1]). Ganz kann sich ja auch der

[1]) Übereinstimmend Jacobi S. 39 u. 50—51. — Wendt S. 172—176

Entwurf dem Gewicht dieser Gründe nicht entziehen: bei den Grunddienstbarkeiten schreibt er die entsprechende Anwendung der Regeln über Besitzschutz vor. Allein er prägt nicht nur diesen Bestimmungen, welche infolge der Streichung des Rechtsbesitzes vollständig in der Luft schweben, einen höchst anomalen Charakter auf, sondern verstößt auch durch die willkürliche Einschränkung dieses Schutzes auf eine einzelne Klasse dinglicher Rechte gegen die Anforderungen der Gerechtigkeit und des praktischen Bedürfnisses. Der Rechtsbesitz ist aber ferner unentbehrlich, wenn es eine Ersitzung von Rechten und ein Erlöschen von Rechten durch Nichtgebrauch geben soll. Mit diesen Instituten räumt der Entwurf gänzlich auf. Wir werden später sehen, daß er auch hier weit über das Ziel hinausschießt.

Wenn der Entwurf auch die Vorstellung besonderer „Qualifikationen" des Besitzes verwirft und namentlich eine allgemeine Unterscheidung zwischen r e d l i c h e m und u n r e d l i c h e m Besitz ablehnt, um dafür lediglich bei einzelnen Normen des Eigentumsrechtes gewisse „Voraussetzungen" für deren Anwendung in umständlicher Weise zu beschreiben (Motive S. 79), so läßt sich für dieses allem bisherigen Gesetzesbrauch widersprechende Verfahren kaum ein anderes Motiv entdecken als die doktrinäre Freude an dem nunmehr glücklich hergestellten einheitlichen, überall sich selbst gleichen abstrakten Besitzbegriff. Denn was die Motive darüber sagen, widerlegt der Augenschein: nicht deutlicher und kürzer, sondern dunkler und weitschweifiger ist die Gesetzessprache durch die unterlassene „Einführung" der fraglichen technischen Ausdrücke geworden. Handelt es sich denn aber überhaupt um Begriffe, die erst der „Einführung" bedürften, und nicht vielmehr um tief im Volksbewußtsein wurzelnde und im allgemeinen Sprachgebrauch befestigste Kategorieen, die der Gesetzgeber freilich zu klären, nicht aber zu verleugnen berufen ist? Wenn der Entwurf nicht einem volkstümlichen Recht absichtlich aus dem Wege ginge, hätte er es nimmermehr über sich bringen können, eine allgemeine Besitzlehre aufzustellen, welche den Glauben erwecken muß, als sei es „an sich" für die Stellung des Besitzes in der Rechtsordnung vollkommen gleichgültig, ob derselbe redlich oder unredlich

billigt die Abschneidung des Besitzes an Forderungen und Reallasten, will aber den Servitutenbesitz grundsätzlich anerkannt und hierbei eine richtige Auffassung des „Rechtsbesitzes", den die Motive irrig als „Besitz eines Rechtes" auffassen, durchgeführt wissen. C o s a c k S. 9 wünscht beschränkte Anerkennung des Rechtsbesitzes. Dagegen lobt M e i s c h e i d e r S. 81—82 die „Reinhaltung" des Gesetzbuches von diesem Begriff.

ist, und als werde nur von außen her in einigen Fällen eine nachträgliche Korrektur dieses Prinzips erwirkt.

Mit der Einschränkung des Besitzbegriffes auf den Eigentumsbesitz ergiebt sich für den Entwurf von selbst die Festhaltung des Besitzes im Rahmen der von ihm anerkannten Eigentumsmöglichkeiten (§ 798 Abs. 1). „Besitz" ist somit nur an Sachindividuen denkbar. Ausgeschlossen ist ein abgesonderter „Besitz" an „wesentlichen Bestandteilen einer Sache" (§ 798 Abs. 2), während die „Inhabung" eines Sachteils und namentlich eines abgesonderten Wohnungs- oder Wirtschaftsraumes möglich bleibt (§ 816). Ein gemeinschaftlicher „Besitz" findet regelmäßig nur zu ideellen Quoten und lediglich in den positivrechtlichen Fällen des „anomalen Miteigentums" in einer dem deutschen Mitbesitz zur gesamten Hand sich annähernden Gestalt statt (§ 799 u. Motive S. 85): dagegen kann eine gemeinschaftliche „Inhabung" sich schon in dem Gebrauch einer Sache oder eines Sachteils durch einen jeden von mehreren ohne Quotenteilung darstellen (§ 817). Ein gleichzeitiger „Besitz" derselben Sache durch mehrere ist als „compressio plurium in solidum" unmöglich (§ 802): die „Inhabung" ist nicht nur vom Besitz trennbar, sondern es giebt auch neben dem Besitz ohne Inhabung eine Inhabung ohne Inhabung (§ 821 Abs. 2) oder, wie die Motive S. 128 sagen, eine „Oberinhabung" über der Inhabung und somit eine „detentio plurium in solidum". Lauter wenig befriedigende Ergebnisse[1])!

Die berühmte Streitfrage, ob und inwieweit der Besitz Thatsache oder Recht ist, will der Entwurf nicht entscheiden. Allein er legt überall die Auffassung zu Grunde, als sei der Besitz nichts als ein thatsächlicher Zustand[2]). Dem natürlichen Sinn wird es stets unbegreiflich bleiben, was einem thatsächlichen Verhältnis, sobald es von der Rechtsordnung geschützt wird, zu einem Rechtsverhältnis eigentlich noch fehlen soll. In der deutschrechtlichen Ausgestaltung der Gewere kam jedenfalls die rechtliche Seite des Besitzes unzweideutig zum Ausdruck. Auch nach dem System des Entwurfes aber

[1]) Alle diese Anstände fallen weg, sobald der Besitzbegriff gebührend erweitert wird. Vgl. für die Möglichkeit eines Sonderbesitzes an Sachbestandteilen, Wohnräumen u. s. w. Ihering S. 474, Reatz S. 778 Anm. 7, Meischeider S. 83—86, Wendt S. 166—67. — Über den Ausschluß des „Besitzes" an eigentumsunfähigen Sachen vgl. Cosack S. 11—12, Ihering S. 472—473.

[2]) Gegen diesen Grundzug des Entwurfes wenden sich namentlich Bähr und Ihering.

ist die Vorstellung, daß der Besitz nur eine Thatsache sei, schwer vollziehbar. Zumal bei dem Besitz ohne Inhabung, den der Entwurf ja im weitesten Umfange anerkennt, ist es eine harte Zumutung, den Gedanken an ein Recht zu unterdrücken. Die Schwierigkeiten verschwinden indes, sobald wir uns nur ganz mit dem Geiste der künftigen Rechtsordnung erfüllen und demgemäß die allgewaltige Waffe der Fiktion richtig zu schwingen wissen. Wir können ja zuvörderst einmal fingieren, daß der Besitz nie und nirgends ein Recht ist. Dann hilft der Gesetzgeber uns über die allzu anstößigen Folgerungen aus dieser Annahme mit positivrechtlichen Fiktionen hinweg, kraft deren in dieser oder jener Richtung der Besitz gleichwohl behandelt werden soll, als sei er ein Recht.

Auf eine derartige Grundlage baut der Entwurf namentlich seine Regeln über den Besitzerwerb[1]). Die Motive betonen nachdrücklich, der Besitzerwerb sei kein „Rechtsgeschäft" (S. 83, 88, 91). Hierin bestehe auch kein Unterschied zwischen dem Besitzerwerbe durch Occupation oder gewaltsame oder heimliche Wegnahme einerseits und dem „konsensualen Besitzwechsel" im Falle der Übergabe andererseits. Denn auch die Übergabe sei kein dinglicher Vertrag, welcher den Besitzwechsel als begehrte rechtliche Wirkung herbeiführe: „der Besitz ist thatsächlicher Natur und das beiderseitige bloße Gewollthaben kann nicht in thatsächlichen Verhältnissen eine Veränderung hervorbringen." Die Übergabe sei daher lediglich ein Zusammentreffen der beiden Thatbestände der Einräumung und der Ergreifung des Besitzes. Darum spreche auch der Entwurf nicht von Besitzerwerb „durch Übergabe", sondern nur von Besitzerwerb „mittels Übergabe" — eine Feinheit, die wohl vor dem Studium der Motive jedem Leser des Textes entgangen sein wird. Trotzdem werden in einer Reihe von Beziehungen die Regeln über Rechtsgeschäfte auf den Besitzerwerb übertragen. Der Besitzerwerb ist stets durch „Geschäftsfähigkeit" bedingt (§ 800)[2]). Auf den Besitzerwerb

---

[1]) Vgl. dazu Wendt S. 159—165, Cosack S. 12—16, Reatz S. 772 bis 774. Die beiden ersteren wollen die Mehrzahl der Sätze des Entwurfes, Reatz sogar sämtliche Sätze als überflüssig streichen.

[2]) Die Motive S. 86 bemerken hierzu unter anderem in bezeichnender Weise: „Der Unfähigkeit der juristischen Person zur Besitzerwerbung durch eigne Handlungen braucht hier nicht gedacht zu werden, da von eigenen Handlungen solcher Personen überall nicht die Rede sein kann." — Wendt S. 161 meint, daß § 800 zu weit geht und namentlich der Besitzerwerb des beschenkten Kindes nicht geleugnet werden darf.

durch Vertreter finden die Vorschriften über den rechtsgeschäftlichen Erwerb durch Vertreter „entsprechende Anwendung" (§ 801)[1]). Die Einräumung von Besitz oder Inhabung kann kondiziert werden, als sei sie eine rechtsgeschäftliche Leistung (§ 737 Abs. 2 u. Motive II S. 830 u. 834). Und vor allem wird in verschiedenen Fällen eine Übergabe durch bloße „Willenserklärungen" anerkannt. Allein überall wird hierbei ängstlich darauf geachtet, daß die Übergabe nur ja nicht mehr von rechtsgeschäftlichem Wesen empfange als der Besitzerwerb durch Bemächtigung oder Diebstahl! Darum wird die Übergabe stets wenigstens scheinbar und formell dem Veräußerungsgeschäft gegenüber verselbständigt. Ja es wird, da nun einmal das „Traditionssystem" des Entwurfes zur Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen immer eine besondere Übergabe fordert, künstlich eine Übergabe hergestellt, wo eine solche überhaupt nicht vorliegt. So empfangen gerade diese Bestimmungen über die Übergabe durch bloße Willenserklärungen nicht nur eine verzweifelt doktrinäre Fassung, sondern auch einen ungesunden Inhalt. Am erträglichsten ist noch die Vorschrift über die Zulässigkeit der brevi manu traditio und der Tradition einer offenliegenden Sache, hinsichtlich deren der Erwerber sich thatsächlich in der Lage beliebiger Gewaltausübung befindet, durch einfache Willenserklärungen ausgefallen. Doch stört auch hier das Erfordernis besonderer Willenserklärungen des bisherigen Besitzers, „daß er den Besitz einräume", und des Erwerbers, „daß er den Besitz ergreife" (§ 803 Abs. 2). Damit sich diese nicht rechtsgeschäftliche Doppelhandlung von dem Veräußerungsgeschäft gehörig abhebe und man bei dem einfachsten Verkaufe stets die drei selbständigen Akte des obligatorischen Geschäftes, des dinglichen Vertrages und der Übergabe herausspintisieren könne, wird den Parteien eine mit den Gewohnheiten des Verkehres so wenig harmonierende Zumutung gestellt[2]). Schlimmer ist die Konstruktion der Übergabe durch „Anweisung" in § 804. Wenn der Besitzer eine Sache, die ein anderer innehat, einem Dritten übertragen will, so scheint es keine einfachere und praktischere Regelung dieses Vorganges geben zu können, als daß dem Besitzer die Abtretung seines Besitzrechtes mit den daraus folgenden Ansprüchen an den Dritten durch Willenserklärung freigestellt, dem Inhaber aber das ihm gegen den bisherigen Besitzer zustehende Recht auch gegen-

---

[1]) Wie wenig hiermit gesagt ist, zeigt Meischeider S. 86—88.

[2]) Vgl. hierüber Bähr S. 491, Ihering S. 188 ff., Krech S. 77.

über dem neuen Erwerber vorbehalten wird[1]). Eine solche Lösung jedoch ist für den Entwurf unmöglich. Wo bliebe denn da die besondere „Übergabe" der Sache, in deren thatsächlicher Lage ja nicht die leiseste Veränderung eintritt? So wird denn zunächst, um die „Einräumung des Besitzes" herzustellen, eine eigene „Anweisung" des Besitzers an den Inhaber verlangt, „die thatsächliche Gewalt fortan für den Dritten auszuüben". Weiter muß der Dritte, damit die „Ergreifung des Besitzes" vorliege, „gegenüber dem bisherigen Besitzer oder dem Inhaber den Besitzwillen erklären". Da nun aber der Inhaber doch einigermaßen gegen eine Verschlechterung seiner Rechtslage gesichert werden muß, so wird ihm die Macht gewährt, durch seinen Widerspruch den Besitzerwerb des Dritten zu hindern. Jedoch muß er den Widerspruch „unverzüglich nach den Empfange der Anweisung" erklären, widrigenfalls ihm gegenüber die „einschneidenden Folgen" des Besitzwechsels eintreten oder mit anderen Worten der Dritte einen ganz selbständigen und durch keine bisherige Schranke gebundenen „Besitz" erlangt, vermöge dessen er den bloßen „Inhaber" jederzeit der Inhabung entsetzen kann. Somit kann einerseits derjenige, welcher eine bewegliche Sache als Mieter, Pfandgläubiger, Nießbraucher u. s. w. innehat, den Übergang des Besitzes und damit zugleich die Übertragung des Eigentums an der Sache unmöglich machen: der Eigentümer kann dieselbe gültig verkaufen, wird aber beim Widerspruch des Inhabers seinen Besitz nicht los und vermag daher auch den „dinglichen Vertrag" nicht zu vollziehen. Andererseits aber kommt dieser selbe Mieter, Pfandgläubiger, Nießbraucher u. s. w. um sein Recht auf „Inhabung", wenn er in der Meinung, der Verkäufer könne doch auf den Käufer nicht mehr Recht übertragen, als er selbst hat, die sogenannte „Übergabe" durch Anweisung ahnungslos geschehen läßt. Wo bleibt da die gesunde Vernunft und wo die Gerechtigkeit[2])? Endlich erkennt der Entwurf in § 805 auch das „constitutum possessorium" an und scheint nun bei dieser idealen Veränderung der Besitzlage dem Gedanken einer rechtsgeschäftlichen Bewirkung des Besitzwechsels nicht mehr ausweichen zu können. Weit gefehlt! Er konstruiert auch hier eine „Übergabe",

---

[1]) Vgl. die Vorschläge Bährs S. 499—500. Ähnlich Wolff S. 623. Vgl. auch Reatz S. 773. — A. M. Wendt S. 164 und besonders Cosack S. 12—13.

[2]) Näher ausgemalt sind die praktischen Folgen des § 804 bei Bähr S. 498—499. Cosack S. 12—13 hält diese weitgehenden Folgen für zweckmäßig; nur müsse man dieselben gehörig klarlegen.

welche sich rein in der Welt der Thatsachen halten soll, so daß selbst hinsichtlich des Beweises die Frage nach dem Vollzuge oder Nichtvollzuge des Besitzwechsels als „reine Thatfrage" behandelt werden muß (Motive S. 98). Diese Übergabe wird dadurch bewirkt, „daß der bisherige Besitzer im Einverständnisse mit dem anderen (dem Erwerber) diesem den Willen erklärt, die thatsächliche Gewalt fortan für denselben auszuüben". Ist aber der bisherige Besitzer zur Vertretung des anderen im Besitzerwerbe berechtigt, so kann er die Übergabe sogar durch eine entsprechende Willenskundgebung an sich selbst vornehmen[1]). Wo steckt denn hier die „Übergabe"? Warum wird nicht offen und klar gesagt, daß es hier einer Übergabe nicht bedarf? Die großen „Prinzipien" des Entwurfes machen dies unmöglich! Nun müssen die Motive freilich zugeben, daß die „Übergabe" im Sinne einer rein thatsächlichen Veränderung der Gewaltverhältnisse an der Sache hier auf sehr schwachen Füßen steht. Sie folgern aber aus dieser Erwägung nur die Bedenklichkeit des ganzen Rechtsinstitutes und suchen damit zu rechtfertigen, daß der Entwurf, wenn er sich auch mit schwerem Herzen zur Aufnahme des constitutum possessorium entschlossen hat, demselben das Dasein möglichst erschwert. Diese Art der Übergabe soll nämlich nur zulässig sein, „wenn der Besitzer auf Grund eines zwischen ihm und dem anderen bestehenden besonderen Rechtsverhältnisses befugt oder verpflichtet ist, die Sache als Inhaber zu behalten". Schon oft ist dargelegt worden, wie wenig mit diesem Erfordernis des besonderen Rechtsgrundes ausgerichtet wird. Ein bloß simulierter Besitzwechsel verdient natürlich keine Beachtung. Gerade im Falle der Simulation aber werden die Beteiligten für die Herstellung eines Rechtsgrundes regelmäßig Sorge tragen. Genügt doch als solcher nach der Ausführung der Motive (S. 98) ein einfacher „Auftrag", die Sache zu behalten, ein Verwahrungsvertrag, ein Dienstvertrag! Auch soll schon „der vorgestellte Bestand eines das Behalten rechtfertigenden Rechtsverhältnisses" ausreichen! Die ganze Bestimmung ist ohne praktischen Wert, belastet aber den Richter mit einer inquisitorischen und meist nicht ohne Willkür lösbaren Aufgabe[2]). — Können wir somit die

[1]) Eine ähnliche „Übergabe an sich selbst" erklären die Motive S. 94—95 bei der brevi manu traditio für möglich.

[2]) Vgl. insbesondere die Ausführungen bei Bähr S. 492—497. Übereinstimmend Cosack S. 13—15, der den Gefahren des Konstituts dadurch begegnen will, daß jede Eigentumsübertragung, welche nur Sicherung bezweckt, den Regeln über Faustpfandrecht unterworfen und somit dem Konstitut entzogen wird; hier-

gesetzgeberischen Annahme, daß „Besitz" nicht entsteht und somit eine „Übergabe" gar nicht vorliegt. Dasselbe Ergebnis soll nun hier aus der korrespondierenden Bestimmung über Pfandrechtsbegründung herausgelesen werden, obschon gerade umgekehrt die „Inhabung" wirklich zu stande kommt und die „Einräumung und Ergreifung der Inhabung" thatsächlich vollzogen ist. Was ist das für eine Gesetzesfassung, die von vornherein solche Auslegungskünste zu Hülfe ruft! Man versuche ferner, mit den Motiven (S. 92) zu begreifen, wie durch „die Vorschriften über Vertretung" „neben der eignen Inhabung eine in dem Vertretensein ihre Grundlage findende Oberinhabung möglich wird", welche jedoch, im Gegensatz zu der „Wirklichkeit" des durch einen vertretenden Inhaber ausgeübten „Besitzes", „nicht wirkliche Inhabung ist". Da gleichwohl auch diese „Oberinhabung" eine rein „thatsächliche" Gewalt über die Sache sein soll, so wird man wohl, um sie außerhalb der Wirklichkeit aufzufinden, in die vierte Dimension flüchten müssen!

In ähnlicher Weise regelt der Entwurf den Besitzverlust[1]). Der einmal erworbene Besitz dauert bis zum Eintritt einer ihn nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift beendigenden Thatsache fort (§ 806). Beendigend wirkt das Unmöglichwerden des Besitzes (§ 807), das Aufgeben desselben durch eine den Eigentumswillen negierende Willenserklärung (§ 808), der Verlust der thatsächlichen Gewalt über die Sache (§ 810) und die dem Besitzer gegenüber abgegebene Lossagungserklärung des die thatsächliche Gewalt für ihn ausübenden Inhabers (§ 813 Abs. 2)[2]). Nicht beendigend wirkt der Übergang der Inhabung auf einen anderen, der den Willen hat, die thatsächliche Gewalt für den Besitzer auszuüben (§ 811), noch auch der Tod oder das Unfähigwerden dieses Inhabers (§ 813 Abs. 1). Der Besitz eines Grundstückes wird überdies durch Besitzentsetzung dann nicht verloren, wenn der bisherige Besitzer oder der ihn vertretende

[1]) Vgl. Wendt S. 165—166; Cosack S. 16—17; Reatz S. 774—778, Zródłowski S. 85—93. Auch hier wollen Wendt und Cosack die meisten, Reatz sämtliche Paragraphen streichen.

[2]) Gegen § 813 Abs. 2 erhebt Wendt S. 165—166 Widerspruch, weil der Besitz erst durch erfolgreichen Widerstand untergehen dürfe. Ebenso Reatz S. 777. Cosack S. 16 tadelt umgekehrt die Fiktion einer Fortdauer des Besitzes, wenn der Vertreter thatsächlich ungehorsam ist und z. B. durch Konstitut die Sache einem Dritten übereignet hat; der Entwurf suche hierdurch vergeblich den Fehler zu verbessern, den er mit der Versagung des Besitzschutzes für den Besitzherrn gegen den Vertreter begangen habe.

verwalter den Eigentümer, der sich den ihm versagten Zutritt erzwingen will, gewaltsam abwehren und nötigen Falls wieder vertreiben darf, muß andererseits der Eigentümer einem Angriff, den der lässige Verwalter nicht hindern will, ebenfalls ruhig zusehen. Wer die von ihm in Verwahrung gegebene, verliehene oder vermietete bewegliche Sache gegen einen in Abwesenheit des Inhabers unternommenen oder vom Inhaber aus Furchtsamkeit ertragenen Angriff verteidigt oder dem auf der That betroffenen oder bei sofortiger Nacheile erreichten Räuber oder Diebe gewaltsam wieder abnimmt, befindet sich außerhalb der dem Rechte des Selbstschutzes gezogenen Grenzen. Eine wunderliche Rechtsordnung! Die Motive (S. 114) meinen, der Eigentümer werde ja in solchen Fällen selten rechtzeitig zur Stelle sein. Wenn er nun aber doch einmal zugegen ist, warum wird ihm da sein natürliches Recht verkürzt? Es kommt hinzu, daß es nach dem Entwurfe äußerst zweifelhaft bleibt, wer eigentlich der „Inhaber" und wer ein bloßer „Besitzer" oder „Oberinhaber" ohne eigne Inhabung ist. Hat auch der Vater hinsichtlich der Sachen, die das Kind „innehat", kein Recht des Selbstschutzes? Wie steht es mit der Livree des Dieners? Oder mit der Ausrüstung des Soldaten? Soviel scheint gewiß, daß nach der Auffassung des Entwurfes eine „juristische Person" überhaupt niemals „eigne Inhabung", sondern höchstens „eine in dem Vertretensein ihre Grundlage findende Oberinhabung" erlangen kann. Mithin können der Staat, die Gemeinden, die Korporationen sich in ihrem Besitztum überhaupt nicht selbst schützen, vielmehr steht hier das Recht des Selbstschutzes immer nur dem direkt angegriffenen Vertretungsinhaber zu, während jedes andere Organ durch „Einmischung" in den Konflikt sich verfehlen würde. — Bedenklich ist auch die Vorschrift des § 817, nach welcher bei gemeinschaftlicher Inhabung einer Sache oder eines Sachteils nicht die Störung oder Umstoßung des bisherigen Besitzstandes, sondern die Überschreitung der in § 765 begrenzten gesetzlichen Gebrauchsbefugnis als „verbotene Eigenmacht" unter den Teilhabern angesehen werden soll. Wenn vielleicht jahrelang eine andere als die in § 765 vorgesehene Gebrauchsordnung stillschweigend beobachtet worden ist, so kann doch unmöglich der Teilhaber, welcher in dieser Ge-

---

inhabers" insoweit zulassen, als dies zum Schutz des zurückbehaltenen Besitzes erforderlich ist, und bekämpft demgemäß den durch § 815 Abs. 4 dem Inhaber gegen den Besitzer zugestandenen absoluten Besitzschutz (S. 803—804). A. M. hinsichtlich des Bedürfnisses eines Besitzschutzes des „Besitzers" neben dem „Inhaber" scheint Ihering S. 494—497.

brauchsart fortfährt, eines Tages von den übrigen Teilhabern als Besitzstörer behandelt werden dürfen[1]).

Soweit der Selbstschutz versäumt wird oder nicht zum Ziele führt, gewährt der Entwurf den Gerichtsschutz[2]). Zu diesem Behufe wird zunächst die durch verbotene Eigenmacht erlangte Inhabung für „fehlerhaft" erklärt (§ 818)[3]). „Fehlerhaft ist auch die Inhabung des Erben desjenigen, dessen Inhabung fehlerhaft war"[4]); dagegen die Inhabung eines sonstigen Nachfolgers nur, wenn er „bei Erlangung der Inhabung die Fehlerhaftigkeit der Inhabung seines Vorgängers gekannt hat"[5]). Weiter werden dann zwei selbständige „Ansprüche" aus verbotener Eigenmacht konstruiert[6]): der Anspruch des früheren Inhabers gegen den ihm gegenüber fehlerhaft besitzenden Inhaber auf „Wiedereinräumung der Inhabung" (§ 819) und der Anspruch des Inhabers gegen den eigenmächtigen Störer seiner Inhabung auf „Wiederaufhebung der Störung" und je nach den Umständen zugleich auf „Verurteilung des Störers zur Unterlassung weiterer Störungen" (§ 820). Beide Ansprüche werden jedoch durch die „exceptio vitiosae possessionis" ausgeschlossen: der frühere Inhaber kann die Sache nicht zurückverlangen, wenn er selbst dem gegenwärtigen Inhaber gegenüber „fehlerhaft innehatte"; der gestörte Inhaber hat keinerlei Ansprüche gegen den Störer, falls er diesem gegenüber „fehlerhaft innehat"[7]). In

---

[1]) Übereinstimmend Wendt S. 167—168 und Reatz S. 807—809, die beide darauf hinweisen, daß der Entwurf das petitorium hier in das possessorium hineinträgt; vgl. auch Cosack S. 18—19.

[2]) Hierzu vgl. Bähr S. 489 ff., Ihering S. 519 ff., Wendt S. 137 ff., Cosack S. 17 ff., Reatz S. 809 ff.; hinsichtlich des prozessualen Gewandes einzelner Sätze Fischer S. 42—43.

[3]) Zu § 818 vgl. Reatz S. 811—813, der auch hier die objektive Störung des Besitzes für ausreichend erklären will, den Anspruch auf Besitzschutz zu erzeugen; dazu S. 781 ff. Vgl. auch Jacobi S. 39.

[4]) Die Motive legen ausdrückliche Verwahrung dagegen ein, daß man hieraus etwa einen Übergang der Inhabung auf den Erben folgern könne; die Inhabung des Erben sei trotzdem eine ganz neue Inhabung (S. 123). Somit wird dem Erben die Begehung einer verbotenen Eigenmacht angedichtet! Vgl. Reatz S. 812—813.

[5]) Mit Recht verlangt Cosack S. 19—20, daß der Besitzschutz schlechthin auch gegen den Dritten gewährt werde. Ebenso Reatz S. 813.

[6]) Gegen den Namen „Anspruch" statt „Klage" erhebt bei dieser Gelegenheit auch Ihering S. 520—524 lebhaften Widerspruch.

[7]) Gegen diese exceptio vitii, durch deren Zulassung auf Grund einmal vorgekommener Eigenmacht jede fernere Eigenmacht für rechtmäßig erklärt, ja

Konkurrenz mit dem Inhaber empfängt auch der Besitzer und der Oberinhaber die Ansprüche aus der Entsetzung oder Störung des Inhabers (§ 821). Will der frühere Inhaber die ihm entzogene Inhabung nicht wieder übernehmen, so kann der Besitzer oder Oberinhaber die Einräumung der Inhabung an sich selbst verlangen. Im übrigen ist der Anspruch des Besitzers, da nach dem Ausdruck der Motive „das Vertretensein durch einen Detentor in der Ausübung der thatsächlichen Gewalt nicht eine eigene, wenn auch nur mittelbare Inhabung, sondern nur ein Äquivalent der eigenen Inhabung als Besitzerfordernis“ ist und nun in gleicher Weise „zum Äquivalent der eigenen Inhabung auch in Ansehung des Besitzschutzes“ gemacht wird (S. 127), ein bloßes „Nebenklagerecht“ aus dem an sich nur gegen den Vertreter begangenen und lediglich nach dessen Person zu beurteilenden „Besitzunrecht“. Auch hier wird also das Prinzip festgehalten, daß der „Besitzschutz“ kein Besitzschutz ist[1])! Aus den so hergestellten besonderen „Ansprüchen“ entspringen dann endlich besondere als „Besitzklagen“ bezeichnete Klagen (§§ 822—824). Es giebt mithin nach dem Entwurf zwei possessorische Rechtsmittel, die „Besitzentziehungsklage“ und die „Besitzstörungsklage“[2]). Beide

herausgefordert und somit für ein volles Jahr das Faustrecht proklamiert wird, erklären sich mit Recht Bähr S. 489—490, Wendt S. 146—148, Cosack 20—21, Reatz S. 814—815. Cosack will statt ihrer eine Widerklage gewähren.

[1]) Gegen diese künstliche und unzweckmäßige Ordnung, die den Besitzherrn im Falle der Einwilligung des Inhabers in die Störung oder bei mangelndem Eingriff in die Interessensphäre des letzteren schutzlos läßt, vgl. Cosack S. 17—18, Reatz S. 817—820. Jedem als „Besitzer“ anerkannten Träger einer Sachherrschaft gebührt ein selbständiger Besitzschutz, jedoch immer nur in demjenigen Umfange, in dem sein Besitzinteresse dies fordert. Wenn Ihering S. 494 bis 497 neben der Besitzklage des Inhabers eine solche des Besitzherrn überhaupt nicht für erforderlich hält, so widerlegen ihn die von Reatz angeführten Beispiele. — Daß der Entwurf die Besitzklage mit Recht auch dem unvollständigen Besitzer gegen den Besitzherrn giebt, mit Unrecht aber dies auf den bloßen Vertreter im Besitz ausdehnt, ergiebt sich aus den obigen Ausführungen; zweifelhaft kann nur sein, ob dem bloßen Verwaltungsbesitzer nicht mindestens gegen Dritte eine selbständige Besitzklage gebührt; Wendt S. 142 verneint dies, weil § 85 C. P. O. ausreiche; vgl. auch Jacobi S. 52, Cosack S. 19.

[2]) Ihering S. 525—534 will neben diesen beiden Klagen noch eine dritte Besitzklage wegen Vorenthaltung des Besitzes wenigstens bei unbeweglichen Sachen zulassen (besitzrechtliches Exmissionsverfahren, insbesondere zu Gunsten des Vermieters oder Verpächters nach erledigtem Miets- oder Pachtbesitz). Reatz S. 816 bis 821 will nur eine einheitliche „Besitzstörungsklage“ anerkennen (konform seiner bereits erwähnten Auffassung des Besitzverlustes), daneben aber eine besondere „Besitzberichtigungsklage“ einfügen.

gehen lediglich auf Wiederherstellung oder Sicherung der Inhabung, niemals zugleich auf Schadenersatz[1]). Im „Besitzprozesse“ sind petitorische Einreden unzulässig. Die Besitzklage kann nicht bloß vor, sondern auch nach Erhebung der Klage aus dem Recht neben derselben angestellt werden; sie wird jedoch hinsichtlich des Restitutionsanspruches durch frühere rechtskräftige Entscheidung im Petitorium insoweit erledigt, als nach dieser Entscheidung der Besitzkläger seinerseits wiederum zu restituieren hätte[2]). Der Entwurf bestimmt für Besitzklagen weder eine „Verjährungsfrist“ noch eine „Präklusivfrist“, bindet aber die Geltendmachung verbotener Eigenmacht im Besitzprozesse an eine einjährige Frist seit der Begehung[3]).

Schließlich wird in § 825 die Vermutung aufgestellt, daß durch Verlust des Besitzes einer Sache das Vermögen des Besitzers um den Wert der Sache, durch Beschädigung der Sache während des Besitzes um die Verringerung des Wertes derselben vermindert worden sei. Nach der Erläuterung der Motive (S. 134) liegt hierbei eine Eigentumsvermutung zu Grunde, so daß der Gegner durch den Beweis der Unrichtigkeit der Eigentumsbehauptung die Vermutung entkräften kann.

Ein dritter Abschnitt des Sachenrechts enthält „allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken“[4]). Dieselben beschäftigen sich mit dem Einflusse des Grundbuchwesens auf das Immobiliarsachenrecht und setzen die Ergänzung durch eine Grundbuchordnung und ein Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung der Grundstücke voraus. Das materielle Grundbuchrecht des Entwurfes beruht auf den modernen Prinzipien der

---

[1]) Vgl. Wendt S. 177—178, Reatz S. 810.

[2]) Wendt S. 148—149 will die Besitzklage nach Anstellung der petitorischen Klage ganz versagen; vgl. aber Reatz S. 821.

[3]) Für die Herabsetzung der Frist auf 3 Monate Wolff S. 624—625. Reatz S. 822 wünscht eine einjährige Verjährungsfrist und daneben eine von der Kenntnis der Störung laufende dreimonatliche Ausschlußfrist. — Eine Ausnahme macht § 824 Satz 2; vgl. Motive S. 133. Im Falle des § 815 Abs. 2 kann, wie die Motive S. 113 und 133 hervorheben, die Befugnis zur Wiederbemächtigung der Sache durch Selbsthülfe noch fortbestehen, wenn die Erhebung der Besitzklage ausgeschlossen ist. Ein Mittel, diesem „Übelstande“ abzuhelfen, habe sich nicht auffinden lassen. Cosack S. 21 will auch die Selbsthülfe auf eine einjährige Frist beschränken.

[4]) Vgl. hierzu Krech S. 5—47, der bereits den noch nicht veröffentlichten Entwurf der Grundbuchordnung benützt; ferner Opitz S. 19 ff., Wolff S. 625 bis 628. — Gegen die Überspannung des Grundbuchsystems auch Jacobi a. a. O. S. 59 u. 61.

Eintragung, der Legalität und der Publicität. Es schließt sich nahe an das geltende preußische Recht an. Doch bringt es in einigen wichtigen Punkten Verschärfungen des ohnehin schon über das richtige Maß hinaus gesteigerten Grundbuchformalismus, die entschieden bekämpft werden müssen.

Billigenswert ist es zunächst, daß der Entwurf der Eintragung als solcher keine konstitutive Bedeutung beilegen, vielmehr im Anschluß an das preußische Recht sie nur mit der Kraft eines formellen Legitimationsmittels ausrüsten will. Ungehöriger Eintrag soll also ein Recht nicht begründen, ungehörige Löschung das Recht nicht aufheben. Vielmehr soll nach § 826 an die Eintragung oder Löschung im Grundbuch lediglich eine „Vermutung" für den Bestand oder Nichtbestand des betreffenden Rechtes sich knüpfen[1]). Wenn hierbei nach § 827, sobald ein Recht „als mehreren Personen gemeinschaftlich und ungeteilt zustehend" in das Grundbuch eingetragen ist, mangels eines gegenteiligen Vermerkes stets eine Gemeinschaft nach Bruchteilen sowie Gleichheit der Bruchteile als eingetragen angesehen werden soll, so hängt diese dem bisherigen Recht fremde Bestimmung mit der schlechthin individualistischen Gestaltung des Gemeinschaftsrechtes im Entwurfe zusammen. Damit nur ja nicht außer den speciell vorgesehenen Ausnahmefällen eine Gemeinschaft zur gesamten Hand oder auch nur eine Gemeinschaft mit vorläufig unbestimmten Anteilen ins Leben trete, werden den Gemeinern Anteile aufgedrängt, die sie nicht wollen oder von denen sie doch nichts wissen! Die Motive rechtfertigen diese gewaltthätige Fiktion vornehmlich mit den Interessen der Gläubiger. Sie halten es für ein angeborenes Menschenrecht, bei der Zwangsvollstreckung ein glatt abgerundetes Individualvermögen vorzufinden und durch keinerlei Gemeinschaftsverhältnisse des Schuldners geniert zu werden. Allein der Gläubiger kann doch im allgemeinen für sich nicht mehr Rechte in Anspruch nehmen, als der Schuldner selbst hat. Er kann daher, sobald kein Anteil des Schuldners an einem gemeinschaftlichen Gegenstande feststeht, nur dessen durch Auseinandersetzung

[1]) Bähr S. 502 tadelt, obwohl im Gedanken einverstanden, den Ausdruck des § 826. In der That handelt es sich nicht um eine einfache Vermutung, sondern um eine in gewissem Umfange unabhängig von der wahren Berechtigung wirksame Legitimation zur Ausübung von Rechten. Hieraus aber mit Bähr ein zweites „neben dem materiellen Recht hergehendes formales Recht" (wie beim Wechsel) machen zu wollen, halte ich für verfehlt. Gegen Bähr vgl. auch Krech S. 24—30, 34, 39—40. Für den Entwurf auch Opitz S. 20.

herzustellenden oder doch erst zu ermittelnden Anteil angreifen. Man mag ihm die Befugnis einräumen, eine solche Auseinandersetzung der Gemeinschaft zu erzwingen. Unmöglich aber kann man zu seinen Gunsten, wo das Grundbuch Anteile nicht ergiebt, das Vorhandensein gesonderter und unter sich gleicher Anteile einfach dekretieren. Noch weniger läßt sich ein vernünftiger Grund entdecken, warum der Dritte in die Lage gebracht werden muß, von jedem einzelnen eingetragenen Gemeiner sich einen bestimmten Bruchteil des Grundeigentums oder eines anderen Rechts übertragen oder verpfänden zu lassen, während doch das Grundbuch nichts von Anteilen meldet. Wer im Grundbuch eine Gemeinschaft ohne Anteilsangabe eingetragen findet, muß sich offenbar sagen, daß hier eben gesonderte Anteile entweder überhaupt nicht oder doch nicht für ihn bestehen und daß er demgemäß sich nur mit allen Gemeinern insgesamt sicher einlassen kann.

Legt der Entwurf der Eintragung für sich allein keine rechtsverändernde Wirkung bei, so erklärt er sie doch für ein wesentliches Erfordernis der Rechtsveränderung, sobald durch Rechtsgeschäft Grundeigentum übertragen oder ein anderes Recht an einem Grundstück begründet, übertragen oder belastet werden soll (§ 828). Erst mit der Eintragung geht also bei der Veräußerung eines Grundstücks das Eigentum auf den neuen Erwerber über, entsteht im Falle der Belastung eines Grundstücks das dingliche Recht, vollzieht sich bei der Abtretung dinglicher Rechte der Wechsel des Subjektes. Allein die Eintragung hat diese Wirkung nur, wenn ihr ein rechtsgültiger dinglicher Vertrag zwischen dem eingetragenen Berechtigten und dem Erwerber zu Grunde liegt. Dieser Vertrag, welcher im Falle der Eigentumsübertragung als „Auflassung“ vor dem Grundbuchamt geschlossen werden muß, sonst auch durch Einreichung der erforderlichen Schriftstücke an das Grundbuchamt gebracht werden kann, kommt durch die Erklärung des Berechtigten, „daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige“, und die „Annahme der Bewilligung“ seitens des andern Teiles zu stande (§ 828 Abs. 2). Daß der dingliche Vertrag von dem materiellen Rechtsgrunde der Veräußerung vollständig gelöst wird und als abstrakter Vertrag weder der Angabe eines Rechtsgrundes bedarf noch durch die Hinfälligkeit seines Rechtsgrundes an rechtlicher Kraft etwas einbüßt, haben wir schon erwähnt. Der Entwurf verweist, indem er dieses Prinzip in voller Strenge entfaltet, den hierdurch in seinem materiellen Recht Ge-

schädigten lediglich auf den obligationenrechtlichen Bereicherungsanspruch (§ 829). Im übrigen muß der Vertrag in sich selbst rechtsbeständig oder es müssen etwaige Mängel desselben geheilt sein (§ 830), damit die Eintragung rechtsverändernd wirke. Hiervon wird nur zu Ungunsten des Scheingeschäftes eine positive Ausnahme statuiert, indem zwar die Parteien untereinander die Nichtigkeit des Scheingeschäfts nach wie vor geltend zu machen befugt bleiben, die Wirksamkeit des Eintrags aber durch diese Nichtigkeit nicht gehindert werden soll (§ 832). Müssen so der dingliche Vertrag und der Eintrag zusammentreffen, damit der angestrebte Rechtserfolg eintrete, so geht der Entwurf in Bezug auf das Verhältnis beider Faktoren zueinander von der Auffassung aus, daß die konsensuale Erklärung der Beteiligten das eigentlich konstitutive Element des Gesamtvorganges bildet, die Handlung des Staates nur eine perfizierende Bedeutung hat. Darum soll der dingliche Vertrag schon vor der Eintragung „bindend" werden, jedoch nicht schon mit dem Abschluß, sondern sobald die Beteiligten das Ihrige gethan haben, um die Eintragung herbeizuführen (§ 828 Abs. 3). Auch soll er „wirksam" bleiben, wenn einer der Vertragschließenden stirbt oder geschäftsunfähig wird, bevor der Vertrag „bindend" geworden ist (§ 828 Abs. 4). Und obschon die Wirksamkeit der Eintragung nicht auf den Augenblick, in welchem ihre Voraussetzungen erfüllt waren, zurückbezogen wird, soll doch die zu Grunde liegende „Eintragungsbewilligung" durch einen Verlust der Verfügungsbefugnis über das eingetragene Recht zwischen dem Eingange des Antrags und der wirklichen Eintragung (also z. B. durch inzwischen erfolgte Konkurseröffnung) nicht entkräftet werden (§ 831).

Alle diese Bestimmungen leiden an mancherlei Unklarheiten des Gedankens wie der Fassung[1]). Sie bedrohen ferner durch die rück-

[1]) Schwere Bedenken sind namentlich bereits von vielen Seiten gegen den doktrinären § 828 erhoben; vgl. Bähr S. 503, Strohal S. 439—446, Opitz S. 24—26, Zitelmann S. 27 Anm. 27, Wolff S. 626, Krech S. 17—24 (er will Abs. 3 u. 4 ganz streichen). Auch mit Hülfe der Motive ist das eigentliche juristische Verhältnis zwischen Vertrag und Einirag kaum zu ermitteln. Unklar bleibt, wie sich ein „bindend" und ein „wirksam" gewordener Vertrag unterscheiden, wann die „Einreichung" und wann die „Eintragung" oder auch schon der „Antrag" auf Eintragung die eine oder die andere Wirkung hat, welcher Zeitpunkt des Todes oder des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit in § 828 Abs. 4 gemeint ist. Wie schwerfällig ferner ist § 830 gefaßt! Vgl. über ihn Strohal S. 417—424. Wie wenig ist zu übersehen, was § 831 eigentlich will und was

sichtslose Durchführung des Prinzips eines unbedingt wirksamen abstrakten dinglichen Vertrages, der gleich der Wechselobligation niemals wegen Mängel im Rechtsgrunde umgestoßen, sondern höchstens durch eine außerhalb des Sachenrechts liegende Bereicherungsklage in gewissem Umfange unschädlich gemacht werden kann, das materielle Recht[1]). Und sie verstoßen vor allem durch die radikale Konsequenz, mit welcher das Erfordernis des Eintrages auf sämtliche dinglichen Rechte erstreckt wird, gegen die Bedürfnisse des Lebens.

Der Entwurf nimmt vom Eintragungszwange lediglich die Übertragung der in besonderen Urkunden verkörperten Hypotheken und Grundschulden aus. Hier tritt eben an die Stelle des Buchformalismus der Urkundenformalismus. Im übrigen soll kein dingliches Recht bestehen, das nicht im Grundbuch eingetragen ist. Mit dem in Preußen und überwiegend in allen anderen deutschen Rechtsgebieten geltenden Recht wird also namentlich insoweit gebrochen, als künftig auch keine Grunddienstbarkeit ohne Eintragung in Wirksamkeit bleiben oder neu begründet werden kann (Motive S. 164—168). Gegen diese gewaltthätige Bestimmung hat sich bereits der neunzehnte deutsche Juristentag ausgesprochen[2]). Zum mindesten müssen die sogenannten „offensichtlichen" Dienstbarkeiten, welche sich in einer körperlichen Vorrichtung oder in einer manifesten Einwirkung auf das belastete Grundstück äußern, von dem Ein-

er erreicht! Und wie willkürlich und bedenklich ist der auch von Krech S. 32—34 scharf kritisierte § 832 über Scheingeschäfte.

[1]) Vgl. hiergegen die oben S. 188 Anm. 2 angeführten Schriftsteller, insbesondere Klöppel S. 644 ff., Opitz S. 21 ff., Strohal S. 399 ff. Opitz will den dinglichen Vertrag (einschließlich der Auflassung) überhaupt streichen, die Erklärungen an das Grundbuch als rein formale Akte behandeln und den inneren Zusammenhang zwischen dem Rechtstitel und der Eintragung berücksichtigen; höchstens will er im Falle der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgrundes gleichwohl die dingliche Wirkung eintreten lassen. Besser sind die Vorschläge von Strohal, welcher eine abstrakte Auflassung und sonstige abstrakte Buchakte als möglich beibehalten, jedoch bei abstrakten Anträgen eine gehörig verlautbare Parteierklärung über anderweit erfolgte Ordnung des zu Grunde liegenden Veräußerungsgeschäftes verlangen, auch bei offensichtlichen Mängeln des etwa kundgegebenen Rechtsgeschäftes eine Beanstandung unter Versagung des Eintrags zulassen, endlich vor allem neben dem Bereicherungsanspruch eine in rem wirkende Anfechtung gewähren will. — Für den Formalismus des dinglichen Rechtsgeschäfts Krech S. 13 u. 29 ff.

[2]) Verhandlungen Bd. 3 S. 105—130 u. 305—307 (bes. Dernburg, Brunner, Heinsen). Ebenso Bähr S. 504—505; Opitz S. 25—30. — Für den Eintragungszwang Klöppel Bd. 32 S. 854 ff., Krech S. 96—98, Wolff S. 626.

tragungszwange ausgenommen werden. Die Motive begründen die Entscheidung des Entwurfes in erster Linie mit der Unverbrüchlichkeit des einmal angenommenen „Prinzips". Sie führen weiter die Interessen der Verkehrssicherheit und die Schwierigkeiten einer Abgrenzung der nicht eintragungsbedürftigen Rechte ins Feld. Überzeugende Kraft aber würden sie nur dann haben, wenn wirklich, wie sie zwischen den Zeilen durchblicken lassen, alle Servituten vom Übel oder doch bei den heutigen Wirtschaftsverhältnissen überlebt wären und mit möglichster Beschleunigung dem Ideal eines servitutenfreien Grundeigentums zugestrebt werden müßte. Diese Anschauung stimmt ja freilich mit der den ganzen Entwurf beherrschenden Grundauffassung überein. Sie ist aber durch und durch ungesund. Daß gewisse Grunddienstbarkeiten im Interesse der Landeskultur der Ablösung oder Aufhebung unterworfen sind und auch fernerhin unterworfen bleiben müssen, ist eine Sache für sich. Ob die Gesetzgebung hierin nicht weit genug oder vielleicht umgekehrt zu weit gegangen ist, brauchen wir hier nicht zu erörtern. Denn in diesem Punkte will ja der Entwurf dem Landesrecht volle Freiheit lassen. Zahlreiche ländliche und städtische Grunddienstbarkeiten aber sind zweifellos unentbehrliche und wohlthätige Korrekturen des Einzeleigentums an Grund und Boden. Insbesondere ist der mittlere und kleine Grundbesitz auf die Ergänzung durch Gebrauchs- und Nutzungsrechte an fremdem Grundbesitz hingewiesen. Es handelt sich oft um scheinbar geringfügige Berechtigungen, welche das dienende Grundstück unbedeutend belasten, die Bewirtschaftung des herrschenden Grundstückes aber in ungleich höherem Maße fördern oder überhaupt erst möglich machen. Die Servituten begründen ein Gemeinschaftsverhältnis, das in den geeigneten Fällen hier wie überall die zersplitterten Kräfte durch angemessene Zusammenordnung zu steigern vermag. Der Wert zweier Grundstücke wird überaus häufig durch gegenseitige Dienstbarkeiten über die Summe der Werte hinaus erhöht, die jedes dieser Grundstücke lastenfrei haben würde. Man braucht nur an Wege-, Trift- und Durchfahrtsgerechtigkeiten, an Wasserleitungsrechte, an die oft lange Zeit hindurch kaum zum Bewußtsein gebrachten städtischen Bau-, Licht- und Traufrechte zu denken. Will man dieses ganze geschichtlich gewordene Geäder von Erweiterungen und Einschränkungen der Eigentumssouveränität dem Bedürfnis eines glatten Grundbuchsystemes zum Opfer bringen? Hierum aber handelt es sich in der That! Denn die Eintragung dieser unzähligen kleinen Berechtigungen würde undurchführbar sein,

in den meisten Fällen unterbleiben, besten Falles erst nach unsäglichem Hader erfolgen können. Nun erwäge man gar das Schicksal der dinglichen Berechtigungen aller oder gewisser Gemeindemitglieder am Gemeinlande, der einer Gemeinde oder sonstigen Körperschaft für ihre sämtlichen Mitglieder oder eine Klasse derselben zustehenden Servituten, der auf alle Grundstücke einer Feldmark erstreckten Gebrauchsrechte, der Raff- und Leseholzberechtigungen, der Berechtigungen zum Plaggenhieb, zum Sammeln von Laub und Streu, von Beeren und Pilzen u. s. w.! Soll hier überall das Eintragungsprinzip gelten, so bedeutet dies eine Art von socialer Revolution, die den wirtschaftlich Schwachen einer Fülle bisher friedlich besessener Hülfsmittel beraubt. Man hat in Preußen schon mit der Durchführung des Eintragungszwanges hinsichtlich der Reallasten bedenkliche Erfahrungen gemacht. Wenn die Motive auf die Schwierigkeit der Abgrenzung von Servituten und Reallasten hinweisen, so folgt doch hieraus nicht, daß nun auch die Grunddienstbarkeiten unangemessen behandelt werden müssen, sondern vielmehr umgekehrt, daß die mit einer nicht eintragungsbedürftigen Servitut verknüpften reallastartigen Verpflichtungen und etwa auch gewisse selbständige Reallasten gleichfalls vom Eintragungszwange zu entbinden sind. Ebenso müssen die vom Entwurf als „beschränkte persönliche Dienstbarkeiten" bezeichneten dinglichen Rechte insoweit, als sie den Inhalt einer nicht eintragungsbedürftigen Grunddienstbarkeit haben, einer solchen gleichgestellt werden. Es bedarf also freilich einer im einzelnen erwogenen und nicht ohne landwirtschaftlichen Beirat ausführbaren Grenzziehung zwischen eintragungsbedürftigen und nicht eintragungsbedürftigen dinglichen Rechten. Allein die Lebensverhältnisse dürfen doch nicht auf den Kopf gestellt werden, damit der Gesetzgeber solchen Schwierigkeiten entgehen und sein abstraktes Prinzip durch einen einfachen Satz verwirklichen könne!

Der Entwurf regelt weiter den Ersatz der Eintragungsbewilligung und ihrer Annahme durch ein Urteil (§ 833); er stellt dem abstrakten dinglichen Vertrage einen gleich abstrakten und unwiderruflichen einseitigen Verzicht auf eingetragene Rechte zur Seite (§ 834)[1]; er schließt die Aufhebung eines begrenzten dinglichen Rechtes an einem Grundstück durch die Vereinigung desselben mit dem Eigentum in derselben Person aus (§ 835); er erleichtert mit gewissen Kautelen die Löschung eines lebenslänglichen Rechtes im Falle des Todes des

[1]) Kretz S. 24–25.

Berechtigten (§ 836); er zieht die Folgerungen aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§§ 837—839); er ordnet das Rangverhältnis zwischen mehreren dasselbe Grundstück belastenden Rechten nach dem Datum der Reihenfolge des Eintrags (§ 840)[1]), läßt unter Abschaffung der bisherigen Prioritätseinräumungen eine nachträgliche Vorzugseinräumung nur im Wege eines von dem Grundeigentümer und sämtlichen Zwischenberechtigten mitabgeschlossenen abstrakten dinglichen Vertrages und demnächstiger Eintragung zu (§ 841), gestattet aber dem Eigentümer die Erwirkung eines Rangvorbehaltes für ein künftig einzutragendes Recht (§ 842); er gewährt einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches, falls dasselbe mit der wirklichen Rechtslage in Widerspruch steht, und auf die hierzu erforderlichen Eintragungsbewilligungen, Löschungsbewilligungen und Löschungsanträge (§ 843); er regelt das Institut der „Vormerkungen", die er lediglich in der Gestalt eines auf gerichtliche Anordnung oder auf Bewilligung des Gegners einzutragenden Widerspruches behufs „Erhaltung des Rechtes auf Eintragung eines bestehenden Rechtes an dem Grundstücke oder auf Löschung eines aufgehobenen Rechtes" zuläßt (§ 844—845); er trifft Bestimmungen über Eintragungen und Löschungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung (§ 846); er entzieht endlich alle in eingetragenen oder vorgemerkten Rechten sich gründenden Ansprüche der Berechtigten oder seiner Erben, mit einziger Ausnahme der Ansprüche auf Schadenersatz und auf Rückstände wiederkehrender Leistungen, jeder Verjährung (§ 847).

Man kann dem Entwurfe das Zeugnis nicht versagen, daß er hier überall seinem formalistischen Grundprinzip treu bleibt. Mit den Anforderungen des materiellen Rechtes dagegen tritt er vielfach in Widerspruch. Das formale Recht, wie es sich auf der Basis des abstrakten dinglichen Rechtsgeschäftes und des Bucheintrages aufbaut, erscheint als Selbstzweck und wird bei Konflikten mit dem materiellen Recht ungebührlich bevorzugt.

So lassen die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Buches, welche übrigens an einer ganz besonders ungenießbaren Fassung leiden, zwar die Berufung auf den Inhalt des Buches an dem bösen Glauben des Erwerbers scheitern Allein sie beseitigen die im preußischen Recht und in den meisten anderen Landesgesetzen anerkannte fernere Einschränkung des Prinzips, nach welcher der

[1]) Einen Zusatz zu § 840 schlägt Krech S. 42—44 vor.

unentgeltliche Erwerb überhaupt nicht auf Grund des öffentlichen Glaubens der Bucheinträge geschützt wird (Motive S. 211—212). Der Entwurf geht nicht von dem Gesichtspunkte aus, daß die Bucheinrichtung an sich zum Schutze des materiellen Rechtes da ist und zu einem gegenteiligen Ergebnis nur insoweit führen darf, als der im Vertrauen auf das Buch handelnde redliche Dritte vor Schaden bewahrt werden muß. Er stellt vielmehr eine förmliche Fiktion der Richtigkeit und Vollständigkeit des Buchinhaltes an die Spitze und läßt dieselbe nur insoweit wegfallen, als die „Rechtsmoral" dies gebieterisch fordert. In Wahrheit liegt nicht der mindeste innere Grund vor, auf Kosten des wahren Berechtigten einen vom Nichtberechtigten zugewandten Gewinn zu schützen. Wohl aber ist die Unanfechtbarkeit des buchmäßigen unentgeltlichen Erwerbes unendlich gefährlicher für den wahren Berechtigten als die Anerkennung des entgeltlichen Erwerbes. Denn gegen den unrechtmäßig Eingetragenen, welcher das Grundstück verschenkt hat, bleibt ja nicht einmal eine Bereicherungsklage möglich! Durch Schenkungen an nahe Angehörige oder Mittelspersonen kann also der scheinbar Berechtigte den wahren Berechtigten um sein ganzes Recht bringen. Die Motive wissen wieder nur von äußeren Rücksichten der Einfachheit und der Verkehrssicherheit und von den Schwierigkeiten einer glatten Unterscheidung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerbe zu erzählen. Die Anforderungen der Gerechtigkeit aber stehen höher als derartige Erwägungen [1])! Auch der zum Ersatz für das infolge unrichtigen Eintrags verlorene materielle Recht gewährte Bereicherungsanspruch gegen den unbefugten Veräußerer oder Leistungsempfänger ist insofern unzureichend normiert, als dabei zwischen gutem und bösem Glauben nicht unterschieden wird. Der bösgläubig Handelnde müßte ausdrücklich zum vollen Werterſatz verpflichtet werden [2]).

Die Abschaffung der bisher üblichen Prioritätseinräu-

---

[1]) Ich kann hier lediglich den Ausführungen Bährs S. 506—507 durchweg beistimmen. Ebenso Bolze S. 101, Krech S. 41.

[2]) Vgl. Bähr S. 508. Richtig bemerkt Krech S. 39 Anm. 2, daß Bähr die in der Verweisung des § 839 Satz 2 steckende Anerkennung des Schadenersatzanspruches übersehen hat. Hierdurch aber wird die Unzulänglichkeit einer so versteckten und unsicheren Erledigung der Sache nur in helleres Licht gestellt. — Gegen den von Wolff S. 627 gemachten Vorschlag, daß die nach Einreichung des Antrages auf Eintragung erlangte Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuches den Erwerb nicht mehr hindern solle, vgl. Krech S. 41—42.

mungen wird durch die Ausführungen der Motive (S. 230 ff.) kaum gerechtfertigt. Denn die hier angeführten Gründe erschöpfen sich in dem Nachweis, daß „vom Standpunkte des Entwurfes aus“ eine allseitig befriedigende juristische Konstruktion der Rangabtretung nicht zu finden sei. Solchen doktrinären Schwierigkeiten braucht ein im Leben eingebürgertes Institut nicht zu weichen! Wenn es unseren Verkehrsanschauungen entspricht, daß ein Hypothekengläubiger kraft der Verfügungsgewalt über sein Recht ohne Mitwirkung des Eigentümers und der Zwischenberechtigten einem nachstehenden Hypothekengläubiger seinen Platz in der Rangordnung einräumen kann, so muß hierfür auch eine juristische Konstruktion ermittelt werden. Ist dies mit dem „Standpunkt“ des Entwurfes unvereinbar, so erweist sich eben dieser Standpunkt als zu eng[1]).

Wenig glücklich gefaßt ist die Vorschrift über die Berichtigung des Grundbuchs. Sie müßte den Charakter der Berichtigungsklage als einer Klage aus dem Eigentum oder dinglichen Recht, welche den Anspruch auf Beseitigung eines dem materiellen Recht widersprechenden Eintrages in sich schließt, deutlicher hervortreten lassen. Daß ferner die Berichtigungsklage des wahren Eigentümers solange, als derselbe das Grundstück besitzt, der Verjährung entzogen werden müßte, hat schon Bähr mit treffender Begründung dargethan[2]). Die gegenteiligen Ausführungen der Motive (S. 310) bieten ein Muster der Kunst, mit welcher hier wie so oft Anforderungen der Gerechtigkeit und des praktischen Bedürfnisses durch doktrinäre Argumentationen zur Seite geschoben werden.

Bei der Ordnung des Rechtsinstitutes der Vormerkung triumphieren die abstrakten Prinzipien des Entwurfes in besonders

[1]) Vgl. E. Fuchs, Die preußische Vorrechtseinräumung und die Änderung der Rangordnung im neuen deutschen Entwurf, Arch. f. bürg. R. Bd. 2 S. 7—30; auch: Das Wesen der Dinglichkeit S. 130—153. Er will neben der absolut wirkenden Änderung der Rangordnung im Sinne des Entwurfes die relativ wirkende Vorrechtseinräumung des preußischen Rechts beibehalten. Dagegen sucht Kretz S. 44—46 nachzuweisen, daß der Entwurf eine Vorrechtseinräumung mit obligatorischer Wirkung nicht ausschließe; doch bleibt es sehr zweifelhaft, ob der von ihm angegebene künstliche Weg gangbar ist; jedenfalls kann das Schweigen des Entwurfes nicht als beste Lösung dieser Frage betrachtet werden. — Bei Darlehen für Meliorationsanlagen läßt übrigens Art. 74 des E.G. Vorrechtsänderungen auf Grund landesgesetzlicher Vorschriften zu.

[2]) Bähr S. 508. Zustimmend Kretz S. 34—37, der jedoch in erster Linie den Berichtigungsanspruch überhaupt für unverjährbar erklären will.

auffälliger Weise über das materielle Recht. Statthaft bleiben soll allein die Eintragung eines Widerspruchs zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung eines schon bestehenden dinglichen Rechtes oder auf Löschung einer schon aufgehobenen dinglichen Last[1]). Eine solche Vormerkung soll dann die wirkliche Rechtslage gegenüber widersprechenden Bucheinträgen dergestalt öffentlich machen, daß in entsprechendem Umfange die Berufung auf den öffentlichen Glauben der Bucheinträge wegfällt. Um die engen Grenzen, in denen hiernach die Eintragung von Vormerkungen zulässig bliebe, zu ermessen, muß man sich erinnern, daß alle rechtsgeschäftlich begründeten Rechte am Grundstück erst mit der Eintragung „entstehen" und somit vorher keine „bestehenden" dinglichen Rechte sind, denen durch Vormerkung die künftige Eintragung gesichert werden könnte. Das ganze Institut würde daher nur noch dem Zwecke dienen, in den Fällen, in denen eine Berichtigungsklage nach Maßgabe des § 843 angestellt werden kann, die Gefahren des unrichtigen Eintrags für den materiell Berechtigten oder Nichtverpflichteten schon vor der Erledigung des Prozesses zu beseitigen. Um so dringender muß nun zunächst mit Bähr gefordert werden, daß der Berichtigungskläger ohne weiteres auf Grund der Klageerhebung die Eintragung einer Vormerkung verlangen könne und nicht, wie der Entwurf will, auch im Falle der Rechtshängigkeit seines Anspruchs denselben noch erst besonders glaubhaft zu machen habe[2]). Vor allem aber bedarf es der Beibehaltung der in Preußen und den meisten anderen deutschen Staaten bisher zulässigen Vormerkungen, welche auch einen bloß obligationenrechtlichen Anspruch auf Erwerb eines dinglichen Rechtes, wie namentlich ein Recht auf Auflassung oder Hypothekenbestellung, oder einen gleichartigen Anspruch auf Wegschaffung einer dinglichen Last mit Wirkung gegen Dritte vorläufig zu sichern bestimmt sind. Der Entwurf will ausweislich der Motive (S. 240 ff.) alle derartigen Vormerkungen der Reinheit des Systemes zum Opfer bringen. Mit ihrer Zulassung würde er ja gegen den „großen Grundsatz" der

---

[1]) Bei Hypotheken kommt die Vormerkung zur Erhaltung von Einwendungen (§§ 1085 u. 1108) hinzu.

[2]) Bähr S. 509. Ebenso Krech S. 15 Anm. 2. Weiter noch geht v. Meibom, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 372—375, indem er stets die einfache Erhebung des Widerspruches für ausreichend erklären und dem Grundbuchamt nur die Befugnis erteilen will, die Löschung der Vormerkung für den Fall anzudrohen, daß nicht binnen einer von ihm gesetzten Frist der Widerspruch durch gerichtliche Klage ausgeführt wird.

völligen Auseinanderreißung des zu Grunde liegenden materiellen Rechtsgeschäftes und des abstrakten dinglichen Vertrages verstoßen, den unantastbaren Satz, daß Obligationen für Dritte nicht vorhanden sind, verletzen und eine Art von „Titel" oder „Recht zur Sache" schaffen. Er würde sogar das Immobilienrecht anders als das Mobilienrecht behandeln, indem er den zufälligen Umstand, daß die Existenz eines Grundbuchs eine solche „Anomalie" ermöglicht, in ungebührlicher Weise ausnützte! Sollte man aber nicht umgekehrt meinen, der Gesetzgeber müsse die ihm durch das Grundbuchwesen gebotene Gelegenheit freudig ergreifen, um wenigstens im Immobilienrecht wohlbegründeten materiellen Rechtsansprüchen die Möglichkeit eines allseitig gesicherten Bestandes zu verschaffen? Und um wohlbegründete materielle Rechtsansprüche handelt es sich ja doch! Es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum derjenige, welcher ein Recht auf Eintragung erworben hat, durch die Säumigkeit oder Böswilligkeit des die Eintragsbewilligung verweigernden oder verzögernden Gegners um sein Recht soll gebracht werden können. Und noch weniger läßt sich ein durchschlagender Grund dafür entdecken, daß selbst im Falle des Einverständnisses beider Teile ein Recht auf Auflassung oder Pfandbestellung nicht vorgemerkt werden darf. Die Motive trösten lediglich mit dem Hinweis auf allerlei andere Sicherungsmittel, durch welche wenigstens in manchen Fällen der geriebene Geschäftsmann seinen Anspruch oder doch sein etwaiges Recht auf Entschädigung einigermaßen schützen könne. Wer es versäumt, von vornherein die nötigen Vorsichtsmaßregeln zu treffen, wird hier wie immer damit abgefertigt, daß er den Schaden sich selbst zuzuschreiben habe[1]).

Schließlich können wir uns auch mit dem Ausschluß der Verjährung aller Ansprüche aus eingetragenen oder vorgemerkten Rechten nicht einverstanden erklären[2]). Bucheinträge können sehr lange Zeit hindurch bestehen, ohne irgend eine andere praktische Wirksamkeit zu entfalten, als daß sie auf dem Papiere stehen. Sollen dann die in ihnen formalisierten Ansprüche, welche die ganze Verjährungszeit hindurch geschlummert hatten und längst vergessen waren, in alle Ewigkeit wieder aufgenommen werden können? Soll jede

[1]) Für die Zulassung der Vormerkungen zum Schutz eines persönlichen Rechtes auch E. Fuchs S. 122—128. Ebenso v. Meibom S. 364—372, der aber durch eine bedingte Eintragung, welche dem Namen und den Regeln der „Vormerkung" entzogen bliebe, helfen will. — Für den Entwurf Kreck S. 14 bis 15. — Vgl. auch zu § 844 Strohal S. 450 ff.

[2]) A. M. Kreck S. 46—47.

Klage auf Löschung an dem einfachen Widerspruch scheitern? Am bedenklichsten ist die Abschaffung der Erlöschung von Servituten durch Nichtgebrauch. Man mag für eingetragene Dienstbarkeiten eine längere Frist setzen. Irgend einmal aber müssen auch eingetragene dingliche Rechte ihr Ende finden, wenn sie nicht ausgeübt werden. Die Rechte sind da, um gebraucht zu werden, und verlieren schließlich durch Nichtgebrauch ihre Daseinsberechtigung. Doch hängt die Frage nach dem Ausschluß jeder erlöschenden Verjährung gegen das Grundbuch eng mit der weiteren Frage zusammen, ob es eine Ersitzung gegen das Grundbuch geben soll. Der Entwurf tilgt auch jede derartige Ersitzung aus und streicht damit überhaupt die Ersitzung im Gebiete des Immobiliarsachenrechtes. Wir werden später noch davon zu sprechen haben, wie wenig auch in dieser Hinsicht sein Radikalismus mit den Lebensbedürfnissen harmoniert.

Im vierten Abschnitt des Sachenrechts behandelt der Entwurf das „Eigentum" und zwar zunächst im ersten Titel „Inhalt und Begrenzung des Eigentums".

Vom Eigentumsbegriff des Entwurfes haben wir schon mehrfach gesprochen. Wir haben einerseits gesehen, daß ein Eigentum schlechthin nur an einzelnen Sachkörpern anerkannt, das Sacheigentum aber vielfach mit der Sache selbst identifiziert und darum als ein von allen anderen Rechten specifisch verschiedenes Recht aufgefaßt wird (oben S. 45 und 47; vgl. auch Motive S. 540). Andererseits haben wir darauf hingewiesen, wie der Inhalt des Eigentums in einer ausschließlichen und absoluten, nur kraft positiver Ausnahmen durch äußere Schranken eingeengten Willkürherrschaft über die Sache gefunden wird und welchen schroffen Ausdruck diese Vorstellungsweise in § 848 empfängt (oben S. 103). Auch sprachen wir bereits von der ebenso absurden wie gefährlichen Erstreckung dieses Eigentumsbegriffes auf Grund und Boden und bekämpften den in § 849 aufgestellten tollkühnen Satz, welcher unseren Planeten bis in sein Centrum und mit ihm zusammen sogar den ihn umgebenden Weltenraum unter die einzelnen Grundeigentümer zu ausschließlicher und willkürlicher Herrschaft verteilt (ebenda S. 101). Der Geist, den alle diese Festsetzungen des Entwurfes atmen, ist der Geist des starrsten Romanismus[1]). Die Motive belehren uns,

[1]) Durchweg für den Entwurf tritt Krech S. 65—67 ein. Gegen § 849 vgl. die oben S. 101 Anm. 2 Genannten und Kuntze, Betrachtungen S. 22. Zu § 848 wünscht auch Schilling S. 66—69 einheitliche Regelung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen, insbesondere des Privatbaurechts und der die

welche Entfaltung der darin schlummernden Gedanken von einer im Geiste der Rechtsordnung arbeitenden Zukunftsjurisprudenz erwartet wird. Weit abgewiesen wird die im Preußischen Landrecht (I 8 §§ 27—28, I 22 § 3) zum Durchbruch gelangte deutschrechtliche Anschauung, daß das Privateigentum schon seinem Begriff nach eine immanente Schranke hat (Motive S. 257). Lassen sich Beschränkungen nicht vermeiden, so muß mindestens „die Vermutung für Unbeschränktheit" ein unantastbares Wesensmerkmal des Eigentums bleiben. Alle Eigentumsbeschränkungen sind daher nur als besonders begründete Ausnahmen von der Regel denkbar und werden als solche stets im Sinne von Singularitäten beurteilt werden müssen. Es gilt aber auch, sie auf ein möglichst geringes Maß zu reduzieren. Insbesondere ist jede Schwächung des Eigentums durch umfassende dingliche Rechte, obwohl sie den „Begriff" des Eigentums unversehrt läßt, doch ein thatsächliches „Mißverhältnis", dem das Gesetz „thunlichst vorzubeugen" berufen ist. Darum hat der Entwurf alle „vererblichen veräußerlichen Nutzungsrechte" verworfen und „begrenzte Rechte an Sachen nur zu einem beschränkten Zweck, auf begrenzte Dauer oder unter Beschränkung des Rechtsinhaltes" zugelassen (Motive S. 262). Wissenschaftlich unmöglich ist das „geteilte Eigentum", dessen Verwirklichung durch die deutsche Rechtsgeschichte und die Gesetzbücher nur ein ungeheuerlicher logischer Schnitzer war. Der römische Eigentumsbegriff ist nicht etwa bloß als ein auch für uns geeignetes geschichtliches Gebilde, sondern als ein unentrinnbares Gebot der Rechtslogik aufgenommen. Was aus den bestehenden Verhältnissen von Ober- und Nutzeigentum werden soll, nachdem sie offiziell in das Reich des Undenkbaren verwiesen sind, sollen „die Übergangsbestimmungen des Einführungsgesetzes" ergeben[1]). Daß mit dem Eigentumsbegriff des Entwurfes auch ein gemeinschaftliches

gesetzliche Fiktion des § 849 begrenzenden Normen; hier sei für den Gesetzgeber „grüne Weide gegenüber der dürren Heide", die manche Partieen des Entwurfes darbieten. Daß sich diejenigen Beurteilungen, welche die Beschränkung des Sachbegriffes auf körperliche Gegenstände (oben S. 47 Anm. 1), die Identifizierung des Eigentums mit der Sache (oben S. 48 Anm. 1) und den numerus clausus der dinglichen Rechte (oben S. 280 Anm. 2) bekämpfen, gegen den Eigentumsbegriff des Entwurfes kehren, liegt auf der Hand.

[1]) Nach E. G. Art. 106 Abs. 2 sollen alle bestehenden Rechte an Sachen und Rechten mit Ausnahme des Eigentums „mit dem aus den bisherigen Gesetzen sich ergebenden Inhalt" bestehen bleiben. Muß nun der Richter, welcher das Untereigentum für „Eigentum" hält, es als durch diesen Vorbehalt nicht geschützt behandeln? Oder besteht es mit undenkbarem Inhalt fort? Vgl. meinen Vortrag über die sociale Aufgabe des Privatrechts S. 27.

Eigentum nur in der Gestalt des römischen Miteigentums vereinbar ist, während deutschrechtliche Eigentumsgemeinschaften höchstens als „anomale" Abarten des eigentlich allein wissenschaftlich möglichen römischen Typus ein prekäres Dasein führen können, versteht sich von selbst. Am wenigsten verträgt sich mit diesem Gedankensystem auch nur der leiseste Anklang an die in unserem Volksbewußtsein unaustilgbare, von der Erinnerung an den Ursprung des Grundeigentums getragene und alle künstlichen Dämme immer wieder durchbrechende Anschauung, daß die Erde trotz der Bodenaufteilung niemals völlig aufgehört hat, Gemeingut zu sein, und daß daher alles Sonderrecht an Grund und Boden nur innerhalb der durch das vorbehaltene Recht der Allgemeinheit gezogenen Schranken bestehen kann. Selbst an Wald und Wasser wird eine mit dem „Geiste" des Gesetzbuches erfüllte und von den Motiven gegängelte Jurisprudenz, sobald nur überhaupt daran „Eigentum" begründet ist, eine prinzipiell exklusive und absolute Sonderherrschaft anzunehmen haben. Unter diesen Umständen aber wird auch das vom Gesetzbuch unberührte Reichs- und Landesrecht mit seinen mannigfachen Berichtigungen der gemeinrechtlichen Eigentumsordnung auf eine unbefangene Würdigung seitens der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis nicht hoffen dürfen. Fährt sich die Jurisprudenz erst einmal in den ihr von den Motiven gewiesenen Gedankenbahnen fest, so wird sie alle solche besonderen Rechtsbildungen nur als störende Singularitäten behandeln, die vielleicht auf ihre Duldung, niemals aber auf ihre Sympathie rechnen können.

Nur die im Nachbarrecht wurzelnden Grundeigentumsbeschränkungen wird auch die zukünftige Privatrechtsjurisprudenz mit etwas günstigeren Augen ansehen dürfen, da sie der Entwurf in sein eignes System aufnehmen will. Ein Hauptvorzug der vorgeschlagenen gemeinrechtlichen Ordnung des Nachbarrechts besteht darin, daß hier der Entwurf unter Preisgabe seiner sonstigen Maxime eine organische Verbindung von Reichsrecht und Landesrecht anstrebt. Er stellt nur ein Mindestmaß nachbarrechtlicher Eigentumsbeschränkungen auf, während er den Landesgesetzen die Anerkennung anderer oder weitergehender Beschränkungen vorbehält (§ 866). Durch das Landesrecht können also z. B. das Hammerschlags- und Leiterrecht, das Umwende-, Pflug- oder Tretrecht und das Schaufelschlagsrecht (Motive S. 261), das in den Motiven auffälligerweise ganz übergangene Licht- und Fensterrecht, ja das dem Grundsatz der Chicanefreiheit widersprechende Verbot des Neidbaues aufrechterhalten werden.

Ebenso können Partikularrechte die Pflicht zur Duldung von Immissionen, zur Ertragung von Überbauten, zur Gewährung eines Notwegs u. s. w. über die vom Entwurf gezogenen Grenzen hinaus erweitern. Auch wird nicht nur bezüglich der Abmarkung (§ 851 Abs. 3) ergänzendes, sondern sogar hinsichtlich der Duldung des Wasserabflusses (§ 856 Abs. 2) abänderndes Landesrecht vorbehalten, so daß hier einmal die sonst ängstlich vermiedene Aufstellung einer bloß subsidiären gemeinrechtlichen Regel erfolgt. Dabei kann überall, soweit die Zuständigkeit des Landesrechtes sich erstreckt, durch eine landesgesetzliche Verweisung auch die Kraft des Gewohnheitsrechtes gerettet werden. Zweimal (in § 850 und § 851 Abs. 3) hätte sogar der Entwurf selbst sich beinahe verleiten lassen, dem Gewohnheitsrecht in der Gestalt des Ortsgebrauches ein Plätzchen einzuräumen. Doch ist er dieser Gefahr glücklich entgangen, indem er nur von „Ortsüblichkeit“ spricht und hiermit nach der Erläuterung der Motive lediglich „dasjenige, was bisher gewöhnlich geschehen ist, zur thatsächlichen Grundlage für die Abstraktion einer Regel macht, aus welcher sich ergiebt, was geschehen soll“.

Das größte Zugeständnis im Sinne einer Einschränkung des Grundeigentums durch die Gemeinschaftsidee enthält die über die nachbarlichen Verhältnisse hinausreichende Vorschrift des § 850, nach welcher die nicht durch unmittelbare Zuleitung erfolgende I m m i s s i o n v o n I m p o n d e r a b i l i e n („von Gasen, Dämpfen, Rauch, Ruß, Gerüchen, Wärme, Erschütterungen und dergleichen“, also z. B. auch von Geräusch oder Licht) insoweit erlaubt ist, als die Einwirkung auf das fremde Grundstück entweder die regelmäßige Benutzung desselben nicht erheblich beeinträchtigt oder die Grenzen der Ortsüblichkeit nicht überschreitet. Man wird annehmen müssen, daß mit der Verweisung auf das Ortsübliche zugleich eine Rücksichtnahme auf lokale Verschiedenheiten innerhalb derselben Ortschaft und auf den von der Vergangenheit überkommenen Besitzstand angeordnet ist. Offenbar können die Grundeigentümer in einer Geschäftsgegend Einwirkungen nicht verbieten, die vielleicht in einer Villenvorstadt nicht geduldet zu werden brauchen. Und ebenso macht es zweifellos einen großen Unterschied, ob ein die Umwohner belästigender Gewerbebetrieb seit alter Zeit an einer bestimmten Stelle etabliert ist oder neu begonnen wird. Mit Zuhülfenahme dieser Gesichtspunkte dürfte die in § 850 aufgestellte Regel ausreichen, um sowohl die unentbehrliche Gemeinschaft des Luftraumes als auch das wohlbegründete Sonderrecht des Eigentümers hinsichtlich der m i t t e l b a r e n Fernwirkungen

der menschlichen Lebensthätigkeit zu sichern[1]). Doch bleibt die hermetische Abschließung des Eigentums am Luftraum gegen jede unmittelbare Einwirkung unerträglich.

Weitere Bestimmungen betreffen das Grenzrecht. Sie regeln die Abmarkung (§ 851) und die Grenzberichtigung (§ 852), erklären die Ansprüche auf Setzung oder Wiederherstellung fester Grenzzeichen und auf Ermittlung einer Grenze im Falle der Grenzverwirrung für unverjährbar (§ 853) und ordnen die Rechtsverhältnisse an einer zum Vorteil beider Grundstücke dienenden Grenzeinrichtung (§ 854) und an einem auf der Grenze stehenden Baum (§ 855). Im Gegensatz zu allen bisherigen Gesetzbüchern verwirft der Entwurf schlechthin den Gedanken einer Grenzgemeinschaft (Motive S. 268, 272, 274, 277 ff.). Er geht vielmehr davon aus, daß stets eine objektiv sichere und nur vielleicht subjektiv ungewisse Grenzlinie vorhanden ist, welche die Grundstücke mit mathematischer Schärfe trennt und zugleich alle Grenzeinrichtungen und sonstigen Grundstücksbestandteile durchschneidet, mithin für ein mittleres gemeinschaftliches „drittes Grundstück" keinen Raum läßt. Hierdurch wird er zu einer sehr künstlichen Konstruktion einfacher Verhältnisse und zu einer wenig durchsichtigen Fassung seiner Vorschriften genötigt. Im Falle der Grenzverwirrung soll, wenn weder die wirkliche Grenze noch ein der Entscheidung eventuell zu Grunde zu legender Besitzstand erwiesen werden kann, nicht etwa das streitige Stück geteilt, sondern „als die richtige Grenze diejenige Linie angesehen werden, durch welche jedem der beteiligten Grundstücke ein gleiches Stück des streitigen Flächenabschnittes zugeteilt wird". Gemeinschaftliche Raine, Mauern, Gräben, Zäune u. s. w. giebt es nicht: allein es besteht eine Vermutung dafür, daß die dem Eigentum nach körperlich geteilte Anlage „in Ansehung der Benutzung zu beiden Grundstücken gehöre", und diese mit einer gleichteiligen Lastengemeinschaft verbundene Benutzungsgemeinschaft wird unter Hinzu-

[1]) Der Entwurf schweigt darüber, ob und inwieweit derjenige, welcher ein Grundstück nur kraft eines dinglichen oder persönlichen Rechtes innehat, insbesondere aber der Mieter einer Wohnung, gleichfalls gewisse Immissionen dulden muß und andere selbständig verbieten kann. Es scheint, als könne er durch die Besitzstörungsklage des § 820 sich gegen Immissionen (also z. B. auch von Geräuschen) schützen, müsse aber hierbei die Berufung des Gegners auf § 850 gelten lassen. Die praktisch wichtige Frage sollte ausdrücklich entschieden werden. — Keine Billigung verdient der Vorschlag von Wolff S. 628—629, in § 850 die Verweisung auf die Ortsüblichkeit zu streichen.

fügung einiger besonderer Regeln den „Vorschriften über die Gemeinschaft“ unterstellt. Ein Grenzbaum gehört jedem Nachbarn bis zu der über der Grenzlinie konstruierten Schnittfläche: unabhängig aber von der Größe dieser Realteile gebühren die Früchte den Nachbarn gemeinschaftlich zu gleichen Teilen, und auch der Baum selbst wird nach der Trennung vom Boden ein Miteigentum zu ideellen Hälften, sofern nicht ein Nachbar dadurch Alleineigentum erwirbt, daß der andere auf sein Miteigentum Verzicht leistet, — ein Verzicht, durch welchen derselbe für den Fall, daß der Nachbar den jedem Nachbar eingeräumten „Anspruch auf Beseitigung des Baumes“ geltend macht, die ihm sonst zur Last fallende Hälfte der Beseitigungskosten von sich abwälzen kann. Welche verwickelten Rechtsverhältnisse werden hier geschaffen! Der Entwurf aber hat wenigstens die Genugthuung, seine gemeinschaftsfeindliche Tendenz bis in das kleinste hinein mit doktrinärer Gewissenhaftigkeit durchzuführen[1])!

Mit Vorbehalt abweichender Landesrechte wird in Anlehnung an das römische Recht der Grundeigentümer verpflichtet, den natürlichen Wasserabfluß von einem anderen Grundstück zu dulden (§ 856). Gegenüber der partikulären Vorflutgesetzgebung hat diese Vorschrift nur geringe Bedeutung.

Wohlthätige Bestimmungen bringt der Entwurf zum Schutze von Gebäuden, bei deren Errichtung ein Grenzüberbau stattgefunden hat. Der Grundeigentümer wird verpflichtet, den Bestand eines solchen Gebäudes zu dulden, falls er nicht vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung widersprochen hat; er wird hierfür durch eine subjektiv und objektiv dingliche, der Eintragung entzogene, unablösliche und unverjährbare, sonderbarerweise auch unverzichtbare, im übrigen nach Analogie der Reallasten zu behandelnde Rente entschädigt (§§ 857—858). Die gleiche Duldungspflicht gegen Entschädigung in Rente wird im Falle der Beeinträchtigung eines Dienstbarkeits- oder Erbbaurechtes durch Grenzüberbau auferlegt (§ 860). Wie die Motive (S. 287) ergeben, soll mit Hülfe des § 785 hier der Satz „superficies solo cedit“ durchbrochen und somit dem Grundeigentümer zwar das Eigentum an der Bodenfläche gewahrt, das Eigentum am Überbau aber dem Gebäudeeigentümer zugeschrieben werden. Doch kann der Grundeigentümer stets das Ende dieser Spaltung durch Abtretung der bebauten Fläche gegen Ersatz des

[1]) Vgl. Opitz S. 16—18, der die Ablehnung eines Miteigentumes an Grenzstücken billigt, jedoch das „juristische Versteckspiel“ des § 855 tadelt. Durchaus für den Entwurf Kretz S. 67—69.

Wertes, den sie zur Zeit der Grenzüberschreitung hatte, zwangsweise herbeiführen (§ 859). Bedauerlich ist nur, daß nicht bloß Vorsatz, sondern jede Fahrlässigkeit bei der Grenzüberschreitung die Duldungspflicht des Eigentümers ausschließen und den Bauenden sogar die Beweislast hinsichtlich der Abwesenheit eines Verschuldens treffen soll. Hierdurch wird diesen Bestimmungen, die doch vor allem auch auf die Erhaltung einmal hergestellter wirtschaftlicher Güter abzielen, ein Teil ihres Wertes geraubt[1]).

Durch die §§ 861—862 wird das deutsche Überhangs- und Überfallsrecht zu gemeinem Recht erhoben[2]). Jedoch in unvolkstümlicher und verstümmelter Gestalt! Insbesondere soll das Überhangsrecht erst ausgeübt werden dürfen, nachdem der Baum- oder Straucheigentümer einer Aufforderung, „das Herüberragende" von seinem Grundstück aus zu beseitigen, binnen drei Tagen nicht nachgekommen ist. Und das „Überfallsrecht" wird durch die Fiktion ersetzt, als seien die auf das Nachbargrundstück gefallenen Früchte „vom Boden getrennte Früchte des letzteren". Die Motive erinnern sich an keiner Stelle des deutschrechtlichen Ursprunges dieser Institute, während sie die bei uns niemals lebendig gewordenen römischen Sätze gewissenhaft registrieren. Dafür beschenken sie uns beim Überhangsrecht mit subtilen Betrachtungen über die dem Entwurf zu Grunde liegenden juristischen Gedanken: das „Hinüberwachsen von Zweigen und Wurzeln" sei zwar an sich „nur eine indirekte Immission", immerhin aber sei „das Haben derartiger Projektionen eine Beeinträchtigung des nachbarlichen Eigentums"; daraus ergebe sich eine „actio negatoria" auf Beseitigung der Projektionen; dagegen müsse, weil „das Herüberragen nicht ein Akt verbotener Eigenmacht ist", ein Selbsthülferecht durch positive Satzung geschaffen werden.

In § 863 wird das Recht des Notweges im Sinne einer gesetzlichen Eigentumsbeschränkung, welche alle umliegenden Grund-

[1]) Vgl. Bähr S. 510. A. M. Krech S. 71. Bezüglich der Geldrente wünscht Krech S. 72 den ausdrücklichen Ausspruch der Unablöslichkeit und Unverjährbarkeit im Gesetzbuch.

[2]) Zustimmend Opitz S. 18 und Krech S. 72—73. Letzterer möchte in § 861 Satz 1 ausdrücklich hervorgehoben sehen, daß der possessorische Anspruch auf Beseitigung auch gegen den Inhaber geht; die fiktive Fassung des § 862 lobt er als besonders gelungen! — Was den von G. Hartmann S. 344—346 vermißten Schutz des Waldes gegen das Überhangsrecht betrifft, so dürfte der in Art. 67 des E. G. gemachte Vorbehalt zu Gunsten des Landesrechtes ausreichen.

stücke in der durch richterliches Ermessen festzustellenden Richtung und Ausdehnung gegen eine Entschädigung durch Geldrente belastet, anerkannt und geregelt. Die Motive wissen auch hier zwar von den unvollkommenen Sätzen des römischen Rechts, nicht aber vom deutschen Rechte zu erzählen. Und sie ergehen sich auch hier in längeren Ausführungen über die juristische Konstruktion des Verhältnisses, schweigen jedoch über die geschichtlichen und wirtschaftlichen Gründe unseres Notwegerechts und versäumen es durchaus, die dem preußischen, französischen und österreichischen Gesetzbuch gegenüber beliebten Einengungen des Institutes zu rechtfertigen. Nach dem Entwurf soll zunächst das Recht auf den Notweg nur eintreten, wenn „einem Grundstück die zu seiner bisherigen ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt". Hiernach bleibt ein bisher wüst liegendes oder unvollkommen benutztes Grundstück, wenn es keinen freien Zugang hat, in alle Ewigkeit der Kultur verschlossen. Auch kann niemals die Einräumung eines Notweges verlangt werden, sobald nur irgend ein Zugang offensteht, mag auch derselbe noch so beschwerlich und die dem Nachbargrundstück zugemutete Last noch so geringfügig sein. Schlimmer noch ist es, daß nach dem Entwurf jedes Notwegerecht dadurch bedingt sein soll, daß nicht „der Notstand von dem Eigentümer oder dessen Rechtsvorgänger (!) vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist". Hat also z. B. der Erwerber einer von anderen Parzellen umschlossenen Parzelle bei einer Hofzerstückelung „unbedachterweise" sich kein Wegerecht bestellen lassen, so kann in alle Zukunft dieses Stück Land, falls die Nachbarn es so wollen, von seinem Eigentümer nicht betreten werden (Motive S. 291)! Die Motive rechtfertigen das Erfordernis des Mangels eines Verschuldens mit der Analogie der Grenzüberbaue. Abgesehen davon, daß diese Analogie so unpassend wie möglich ist, haben wir schon hinsichtlich der Grenzüberschreitungen die Abhängigmachung des Schutzes bestehender Gebäude von der Abwesenheit jedes bei ihrer Errichtung begangenen Verschuldens bekämpft. Hier aber verfehlt sich der Entwurf um vieles schwerer gegen den Geist des von ihm aufgenommenen deutschen Rechtsinstitutes. Ihm dämmert nicht die leiseste Ahnung davon auf, daß unser Notwegerecht nicht bloß zum Schutze individueller Interessen, sondern um des allgemeinen Kulturzweckes willen vorhanden ist. In solchen scheinbar geringfügigen Dingen offenbart sich mit besonderer Deutlichkeit der von uns diesem ganzen Gesetzeswerk vorgeworfene engherzig individualistische, unwirtschaftliche, antisociale Geist. Und

hier kann der Entwurf sich nicht einmal auf den Vorgang irgend einer anderen Gesetzgebung berufen: ihm ganz allein gebührt die Ehre der Erfindung dieses neuen Deliktes „verschuldeter Zugangsnot“, bei welchem der Fluch der bösen That sich auf die spätesten Enkel unentrinnbar vererbt[1])!

Das in § 864 ausgesprochene Verbot von Anlagen, „deren Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf ein Nachbargrundstück zur Folge hat“, kann ohne Konkretisierung durch Landes- und Ortsrecht und namentlich ohne Bestimmung fester Abstände für gewisse Anlagen nicht segensreich wirken, sondern nur unsäglichen Hader hervorrufen. Übrigens hätte die von so vielen neueren Partikularrechten aufgenommene Vorschrift des Sachsenspiegels II Art. 51 § 1 sich recht gut zur mindestens subsidiären gemeinrechtlichen Regel geeignet. Stünde sie im Corpus juris, so hätte sie wohl Eingang in das neue gemeine Recht gefunden[2]). — Zweckmäßig ist die in § 865 getroffene Bestimmung über unzulässige Vertiefungen des Erdbodens[3]).

Im Anschluß an das Nachbarrecht gewährt der § 867 dem Eigentümer oder bisherigen Inhaber einer beweglichen Sache, die sich auf einem fremden Grundstück befindet, ein Zutrittsrecht behufs Aufsuchung, Erlangung und Fortschaffung der Sache, legt ihm aber nicht bloß eine Entschädigungspflicht, sondern auch, falls ein Schade zu besorgen ist, die Verbindlichkeit vorheriger Sicherheitsleistung auf. Die letztgedachte Einschränkung kann in ihrer unbedingten Fassung das Zutrittsrecht oft illusorisch machen.

Der zweite Titel normiert den „Erwerb des Eigentums an Grundstücken“, soweit derselbe erst durch Eintragung in das Grundbuch vollendet wird. Ohne Eintragung erfolgt, wie dies durchaus zu billigen ist, der Grundeigentumserwerb durch Erbgang und durch Eintritt der ehelichen Gütergemeinschaft. Ungeregelt bleibt der

---

[1]) Vgl. auch Opitz S. 19, der ungern die Vorschriften der §§ 348 u. 349 des sächsischen Gesetzbuches vermissen würde. Die Gegenbemerkungen von Krech S. 71 enthalten keine Widerlegung. — Opitz a. a. O. will die Modalität der Entschädigung dem Richter überlassen. — Wolff S. 629—630 und Krech S. 70 bis 71 halten das ordentliche Prozeßverfahren hier für ungeeignet und wünschen Anordnung eines Administrativverfahrens.

[2]) A. M. Krech S. 73—74. — Besondere Bestimmungen gegen die Schädigung von Nachbargrundstücken durch Gehölzanlagen erhofft Opitz S. 18 auf Grund des § 866 von der Landesgesetzgebung.

[3]) Wolff S. 630 wünscht einen Zusatz, der den vertiefenden Eigentümer zur Fürsorge für eine genügende Befestigung auch dann verpflichtet, wenn die nicht vorauszusehende Gefahr sich später zeigt.

Erwerb des Eigentums an herrenlosen Grundstücken, an neu gebildeten Inseln und Anschwemmungen, an den im Wege der Zwangsversteigerung erstandenen Grundstücken, sowie der Erwerb im Enteignungsverfahren, durch agrarrechtliche Zuteilungen, kraft bergrechtlicher Vorschriften oder auf Grund etwaiger unmittelbarer gesetzlicher Übertragungen (Motive S. 300—305). Gänzlich abgeschafft wird die Ersitzung von Grundeigentum (Motive S. 306—312). Es soll nicht bloß weder eine Ersitzung auf Grund eines langjährigen Bucheintrages noch eine Ersitzung gegenüber einem Bucheintrage, sondern auch keine Ersitzung an ungebuchten Grundstücken geben. Hier wie so oft schießt der Entwurf in seinem formalistischen Radikalismus über das Ziel hinaus. Die Motive selbst müssen zugeben, daß der Ausschluß sowohl der Konvalescenz als auch der Entkräftung unrichtiger Bucheinträge durch Zeitablauf zu der Verewigung eines Zwiespalts zwischen Bucheigentum und wahrem Eigentum führen kann. Sie versichern aber, daß die Prinzipien des Entwurfes eine Abhülfe hiergegen unmöglich machen. Daß ungebuchte Grundstücke vorkommen können, geben sie zu, finden sich aber mit der Bemerkung ab: „das bürgerliche Gesetzbuch kann nur mit gebuchten Grundstücken rechnen". Nun wird jedoch die vollkommenste Grundbucheinrichtung in Verbindung mit den genauesten Flurkarten niemals verhindern können, daß die Wirklichkeit und ihr papiernes Abbild sich nicht decken. Es werden Buchungen vergessen oder mangelhaft vollzogen werden, die kartenmäßigen Grenzen sich verschieben, einzelne Bodenstücke nicht mit Sicherheit in den amtlichen Beschreibungen aufzufinden sein. Welche andere Eigentumsgrundlage soll da ergänzend aushelfen, wenn es nicht die Ersitzung ist? Das Gesetzbuch muß doch auf eine lange Lebensdauer rechnen. Um so weniger darf es den ununterbrochenen Bestand einer absoluten Vollkommenheit menschlicher Einrichtungen voraussetzen[1].

Im Falle der „Übertragung durch Rechtsgeschäft" soll, wie schon erwähnt ist, der Eigentumsübergang sich durch den hier als „Auflassung" gestalteten abstrakten dinglichen Vertrag und die nachfolgende Eintragung vollziehen. Die Form der Auflassung entspricht der des geltenden preußischen Rechts (§ 868). Von einer Zwischeneintragung des Erben (nicht bloß, wie nach preußischem Recht, der Miterben) wird abgesehen (§ 869). Auflassungen unter Beifügung einer aufschiebenden Bedingung oder eines Anfangs-

[1]) Ebenso Bähr S. 510—511. Für den Entwurf Krech S. 74—75.

termines werden für unwirksam erklärt (§ 870). Aus der Auflassung unter Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermins soll ein in das Grundbuch einzutragendes dingliches Rückfallsrecht entstehen, kraft dessen mit dem Eintritt der Bedingung oder des Endtermines das Eigentum ohne weiteres und frei von den inzwischen begründeten Rechten Dritter auf den Rückfallsberechtigten übergeht (§ 871). Dieses Rückfallsrecht kann jedoch weder veräußert noch belastet werden (§ 871 Abs. 3)[1].

Abgesehen von dem Eigentumserwerbe durch Eintragung auf Grund einer Auflassung regelt der Entwurf noch den Eigentumserwerb durch Eintragung auf Grund zweier einseitiger Erwerbstitel, die er als „Zueignung" und „Aufgebot" bezeichnet. Unter „Zueignung" versteht er den Eigentumserwerb an derelinquierten Grundstücken[2]. Die Frage, wer zu solcher Zueignung befugt ist, überläßt er den Landesgesetzen. Dagegen bestimmt er, daß der Eigentumsverlust im Falle der Dereliktion erst mit der Eintragung einer vor dem Grundbuchamt abgegebenen Verzichtserklärung eintritt, der Eigentumserwerb erst mit der Eintragung der Zueignungserklärung vollzogen wird. Für die Zwischenzeit ist auf Antrag desjenigen, welcher ein Recht am Grundstücke gerichtlich geltend machen will, zur „Wahrnehmung der aus dem Eigentum sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen" ein „Vertreter" zu bestellen (§ 872). Der interessanten Zukunftskontroverse, wen denn eigentlich dieser „Vertreter" vertritt, wollen wir nicht vorgreifen; die Motive (S. 327) eröffnen vorläufig die Aussicht auf vier verschiedene Ansichten: Vertretung des ehemaligen Eigentümers, des künftigen Eigentümers, der Gesamtheit der übrigen Realinteressenten, des Grundstücks[3])! Wohl aber können wir einen Zweifel an der Zweckmäßigkeit dieser formalistischen Durchführung des Eintragungsprinzips bei einem dafür sowenig geeigneten Vorgange nicht unterdrücken. Was soll denn nun aus einem thatsächlich aufgegebenen und längst verlassenen Grundstück werden, wenn der eingetragene Eigentümer zu einer Erklärung vor dem Grundbuchamte nicht zu bewegen oder vielleicht

---

[1]) Vgl. zu den §§ 868—871 Krech S. 75—77. — Fischer S. 46 erklärt die Unzulässigkeit der Zwangsversteigerung auf Grund eines dem Rückfallsrecht nachstehenden Anspruchs für bedenklich; hiergegen zutreffend Krech S. 76.

[2]) Über den sonderbaren Gebrauch des Wortes „Zueignung" vgl. Bekker S. 60.

[3]) Vgl. Fischer S. 43—45. Gegen den Ausdruck „Vertreter" auch Krech S. 85.

überhaupt nicht auffindbar ist? Derartige Fälle aber werden sicherlich die Mehrzahl bilden: wer ein Grundstück derelinquiert, pflegt nicht eine besondere Neigung zu empfinden, sich noch mit Erklärungen vor dem Grundbuchamte zu befassen. Offenbar kann nun niemand rechtmäßig occupieren. Ebensowenig aber ist jemand da, der die Besitznahme durch einen beliebigen Occupanten hindern könnte. Insbesondere ist hierzu der kraft Landesrechtes „Zueignungsberechtigte", d. h. also regelmäßig der Staat, in keiner Weise befugt. Praktisch gilt somit das römische Recht der freien Occupation. Allein der Occupant wird nicht Eigentümer und kann auch niemals Eigentum ersitzen. Die einzige Möglichkeit, Besitz und Eigentum wieder zu vereinigen, bietet das gleich zu erwähnende „Aufgebot", welches aber erst dreißig Jahre nach dem Tode des als Eigentümer eingetragenen Derelinquenten zulässig ist! Der in § 872 unternommene Versuch, Vorschriften über den Eigentumserwerb aufzustellen, welche in gleicher Weise für das römische System der Occupationsfreiheit an herrenlosem Lande und für das dem deutschen Recht entstammende und fast überall in Deutschland durchgeführte System der Behandlung des herrenlosen Landes als öffentliches Gut passen, ist eben von Hause aus verfehlt. Hätte der Entwurf seine Vorliebe für jeden römischen Satz und seine Scheu vor jeder vermeintlichen Berührung des öffentlichen Rechtes zu überwinden vermocht, so würde er das für uns allein brauchbare Prinzip des Heimfalles verlassener Grundstücke an den Staat zu gemeinem Recht erhoben haben. Er hätte immerhin abweichendes Landesrecht (z. B. zu Gunsten des Anfalles an die Gemeinde oder auch des schlesischen Auenrechtes) vorbehalten können. Dann aber konnte er ohne Gefahr den Eigentumsverlust an die thatsächlich vollzogene Dereliktion knüpfen und den Eigentumserwerb (nach dem Vorbilde des französischen Rechts) durch einen von Rechts wegen wirksamen Anfall sich vollziehen lassen, womit zugleich das eigentumslose Zwischenstadium vermieden worden wäre. — Durch „Aufgebot" kann nach § 873 derjenige, welcher dreißig Jahre seit dem Tode des eingetragenen Eigentümers ein Grundstück besitzt, sich auf Grund eines gegen den bisherigen Eigentümer erlassenen Ausschlußurteiles und einer demnächstigen Eintragung das Eigentum verschaffen. Die Motive erblicken in dieser Vorschrift einen gewissen Ersatz für die abgelehnte Ersitzung (S. 329). Deshalb sollen auch auf die Berechnung des dreißigjährigen Besitzes die Regeln der Mobiliarersitzung analoge Anwendung finden. Daß dieser Ersatz unzureichend ist, liegt auf der Hand. Überdies ist schon von Bähr

mit Recht hervorgehoben, daß einerseits das Aufgebot nur zugelassen werden dürfte, wenn die Erben des eingetragenen Eigentümers der Person oder dem Aufenthaltsort nach unbekannt sind, andererseits statt des dreißigjährigen Besitzes ein zehnjähriger Besitz für ausreichend erklärt werden müßte[1]).

Im dritten Titel wird der „Erwerb des Eigentumes an beweglichen Sachen" geregelt[2]).

Die „Übertragung durch Rechtsgeschäft" erfordert bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen einen abstrakten dinglichen Vertrag, „welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll"[3]). Dieser Vertrag ist im Gegensatze zur Auflassung an sich formlos, bedarf jedoch zu seiner Wirksamkeit einer ihn versinnlichenden „Übergabe", die indes durch „Einräumung der Inhabung und Ergreifung des Besitzes" ersetzt werden kann (vgl. oben S. 33—34) und ohne Ersatz wegfällt, „wenn der Erwerber sich bei Schließung des Vertrages bereits im Besitze der Sache befindet" (§ 874)[4]). Im Falle der Zwangsvollstreckung soll die Übergabe schon durch die Besitzergreifung des

---

[1]) Bähr S. 511. A. M. Krech S. 85 Anm. 2. — Andere Bedenken bezüglich des § 873 bei Krech S. 85—87.

[2]) Zu diesem Titel vgl. Rieß, Gutachten S. 631—670; Cosack S. 21—39.

[3]) Das System des abstrakten dinglichen Vertrages, das Rieß S. 632 hier unbedingt billigt, wird von Gerson, Arch. f. bürg. R. Bd. 2 S. 63—72, in der Anwendung auf die Übereignung beweglicher Sachen lebhaft bekämpft; es schütze nur „fraudulöse und nichtige Geschäfte, Wuchervergütungen, Stempelhinterziehungen, pflichtwidrige Schenkungen, Lohn für begangene Verbrechen, Bestechungsvergütungen, Sündengelder, Schweigegelder, Pfandverschleppungen, hoc genus omne", bringe den Richter in eine unwürdige Lage und versetze den Rechtsnachfolger des Veräußerers in eine heillose Situation gegenüber dem abstrakten Erwerber; Regel müsse die Konkretisierung bleiben; mindestens aber müsse es heißen: „die Angabe des Rechtsgrundes kann vom Richter gefordert werden". Strohal, der ebenfalls die künstliche Auseinanderreißung des Kausalgeschäfts und der Tradition verwirft, schlägt vor, den § 874 zu fassen: „Zur freiwilligen Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist die auf Grund oder in Verbindung mit der Einigung über einen Rechtsgrund hierzu erfolgende Besitzübergabe erforderlich"; er will jedoch hinzufügen: „der Beweis der Einigung über einen Rechtsgrund wird durch die Vorlage einer Urkunde ersetzt, welche schlechthin die Äußerung des Willens, Eigentum zu übertragen bezw. zu übernehmen, enthält"; in diesem Falle will er dann wieder neben dem Bereicherungsanspruch ein dinglich wirksames Anfechtungsrecht gewähren; S. 395—399 u. 402 ff.

[4]) Zur Fassung von § 874 vgl. Cosack S. 24, der Abs. 2 und 3 streichen, und Rieß S. 633—634, der Abs. 2 streichen, Abs. 3 erweitern will.

Gerichtsvollziehers für den Erwerber bewirkt sein (§ 875)[1]). Die Veräußerung einer fremden Sache konvaleszirt nach Maßgabe der auch sonst im Entwurf durchgeführten Grundsätze (§ 876)[2]). Im allgemeinen sind wir damit einverstanden, daß der Entwurf nicht das französischrechtliche System der Eigentumsübertragung durch bloßen Vertrag, sondern das im übrigen Deutschland geltende „Traditionssystem“ aufnehmen will. Hätte er demselben nur eine natürlichere und den deutschen Rechtsanschauungen minder widersprechende Gestalt verliehen! Die verzwickte Form dieser Vorschriften haben wir schon gerügt. Auch inhaltlich aber ist es doch eine doktrinäre Vergewaltigung des Lebens, wenn der Entwurf durch lehrbuchartige Sätze uns zwingt, die einfachste Veräußerung einer beweglichen Sache in mindestens drei voneinander rechtlich ganz unabhängige juristische Vorgänge zu zerlegen. Wer in einen Laden geht und ein Paar Handschuhe kauft, die er sofort bezahlt und mitnimmt, muß fortan sich stets vor Augen halten, daß dreierlei geschehen ist: 1. es ist ein obligationenrechtlicher Vertrag geschlossen und das aus ihm entstandene Schuldverhältnis durch Erfüllung getilgt; 2. es ist ein von diesem Rechtsgrunde völlig losgelöster dinglicher Vertrag hinsichtlich der Übertragung des Eigentums geschlossen; 3. es ist außer diesen zwei Rechtsgeschäften eine Übergabe vorgenommen, die „zwar eine Rechtshandlung, aber kein Rechtsgeschäft“ ist. Sind das nicht bare Fiktionen? Indem nun aber zwei gegeneinander selbständige Verträge erdichtet werden, wo es sich in Wahrheit nur um zwei verschiedene Betrachtungsformen eines einheitlichen Rechtsgeschäftes handelt, wird nicht nur der wirkliche Hergang auf den Kopf gestellt, sondern auch das materielle Recht durch Überspannung eines formalen Gedankens geschädigt. Es fehlt nur, daß in Fällen, in denen sowohl der Kaufvertrag als der Vollzug der Übergabe beurkundet ist, der Stempelfiskus einen doppelten Vertragsstempel erhebt! Und nicht minder nachteilig wirkt die Isolierung der „Übergabe“ als eines aus dem rechtsgeschäftlichen Zusammenhange herausgerissenen und lediglich an sich selbst zu messenden Aktes. Denn indem nun die oben schon besprochenen verkünstelten und engherzigen Bestimmungen über „konsensualen Besitzwechsel“ zur Anwendung gelangen, artet das

[1]) Eine erweiterte Fassung des Eingangs von § 875 schlägt Rieß S. 636 vor. Vgl. Cosack S. 24—25.

[2]) Bedenken zu § 876 bei Strohal S. 417—424, auch Cosack S 25. Dagegen billigt Rieß S. 641 diesen Paragraphen voll.

Traditionssystem in ein Gewebe scholastischer Rechtssätze aus, die bald zur Verkehrsfessel und bald zum Fallstrick werden[1].

In den §§ 877—880 führt der Entwurf den deutschrechtlichen Satz „Hand wahre Hand" durch[2]. Die Motive entschuldigen diese Abweichung vom Pandektenrecht mit der Erwägung, daß dieselbe „von der römischen Rechtsgestaltung im Resultate nicht zu sehr verschieden" ist. „Wenn man in der letzteren das Erfordernis der Vollendung der Usukapion streicht und die Ausschließung der Usukapion bei der res furtiva berücksichtigt, so kommt man im großen und ganzen zu derjenigen Rechtsgestaltung, welche als die deutschrechtliche bezeichnet zu werden pflegt." So steht wörtlich zu lesen auf S. 342! Wäre eine so wunderliche Motivierung wohl denkbar, wenn nicht eben den ganzen Entwurf die Vorstellung beherrschte, daß eigentlich nur römisches Recht in Deutschland gelten sollte? Wie würde man sonst auf eine Deduktion verfallen sein, die ungefähr auf gleicher Stufe mit der Erwägung steht, eine Eiche würde, falls sie nur statt der Eicheln Äpfel trüge, im praktischen Ergebnis einem Apfelbaum ähneln? Warum hätte man sonst der „römischen Rechtsgestaltung" nicht die „deutsche Rechtsgestaltung" gegenübergestellt, sondern „diejenige Rechtsgestaltung, welche als die deutschrechtliche bezeichnet zu werden pflegt"? Und weshalb sonst hätte man es für nötig erachtet, den Sieg eines einheimischen Rechtsgedankens mit so verzweifelten Kunststücken zu bemänteln? Begreiflicherweise birgt sich denn auch hinter einer derartigen Motivierung ein Mangel an tieferem Verständnis für das vaterländische Recht: hier wie so oft wird

[1] Gegen die allzu „formalistische" Fassung der Tradition im Entwurf und mehr noch in den Motiven wendet sich auch Rieß S. 637—640; er wünscht einen Zusatz zu § 874, um jede Art von Erlangung des Besitzes oder der Inhabung nach erfolgter Willenseinigung als ausreichend erscheinen zu lassen; auch will er eine dinglich wirksame Suspensivbedingung (Eigentumsvorbehalt) anerkannt sehen. Cosack S. 21—24 will das Traditionssystem beibehalten, jedoch nur die Übereignung seitens des Besitzers (einschließlich des durch einfache Übereignungserklärung zu vollziehenden Konstituts) zulassen, dagegen jede Übereignung durch den Nichtbesitzer abschneiden (hier genüge die Klagabtretung); weiter schlägt er vor, im Falle der Übergabe durch Versendung das Eigentum (wie im preußischen Recht) schon mit der Absendung übergehen zu lassen; einer auflösenden Bedingung oder Befristung will er keine dingliche, sondern nur eine persönliche Wirkung zugestehen.

[2] Vgl. hierzu vor allem die eindringenden und wohldurchdachten Bemerkungen von Cosack S. 25—32 u. 47—51. Ferner Rieß S. 642-652. Über einzelnes auch Meischeider S. 89—92.

ein einzelner Satz desselben herausgerissen und „auf den Boden des im übrigen unveränderten römischen Rechtes verpflanzt“ [1]). So ist denn auch die vorgeschlagene Ordnung, obwohl sie in ihrer Anlehnung an die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches auf einem annehmbaren Fundamente ruht, in einer Reihe von Punkten unzureichend ausgefallen. Mit Recht wird die Unterscheidung zwischen freiwillig aus der Hand gegebenen und unfreiwillig abhanden gekommenen Sachen an die Spitze gestellt. Allein schon hierbei wird die Abgrenzung nicht ganz angemessen vollzogen [2]). An freiwillig weggegebenen Sachen soll der gutgläubige Erwerber durch die an ihn seitens eines Nichtberechtigten vorgenommene Übergabe mit dem Besitz zugleich das Eigentum erlangen; gleich dem bisherigen Eigentum sollen hiermit auch sonstige ihm unbekannte Rechte an der Sache erlöschen [3]). Doch wird der Schutz des redlichen Besitzes dadurch verkümmert, daß durchaus der Erwerb auf Grund eines Übereignungsgeschäftes gefordert [4]) und in Umkehrung der allein angemessenen deutschen Beweisregel dem Erwerber der Beweis seines guten Glaubens auferlegt wird [5]). Andrerseits wird verkehrterweise dieser Schutz auch auf den unentgeltlichen Erwerb erstreckt [6]). Ohne hinreichende Gründe wird leibliche Übergabe verlangt, so daß es nicht genügt, wenn der

---

[1]) So Cosack S. 25. Bei der ersten Niederschrift dieser Abhandlung habe ich mangels hinreichend eingehender Prüfung ein zu günstiges Urteil über den Inhalt der Sätze des Entwurfes gefällt. Ich schließe mich durchaus dem inzwischen veröffentlichten Urteil Cosacks an.

[2]) Der Entwurf schließt unter Vervollständigung der Formel des Handelsgesetzbuches die Regel „Hand wahre Hand“ aus, „wenn die veräußerte Sache gestohlen oder verloren oder in anderer Weise ohne den Willen des Eigentümers oder desjenigen, welcher sie für denselben innehatte, aus deren Innhabung gekommen war“. Der Satz ist zweideutig, vgl. Rieß S. 649. Überdies aber müßte, wie Cosack S. 30—31 ausführt, auch jeder Verlust seitens eines anderen „rechtlosen“ (d. h. für seine Person der Eigentumsklage unterworfenen) Besitzers als unfreiwilliger Besitzverlust des Eigentümers gelten.

[3]) Cosack S. 28 will die Rechte Dritter aufrechthalten, soweit sie in Gewahrsam oder Pfandgewalt manifestiert sind.

[4]) Außerdem tritt nur bei der Verpfändung Schutz ein. Vgl. den Nachweis der Unzulänglichkeit dieser Ordnung bei Cosack S. 26—27.

[5]) Hiergegen Cosack S. 27. A. M. Rieß S. 643.

[6]) Hiergegen wenden sich einstimmig Bolze, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 101 ff., Cosack S. 27, Rieß S. 645—647. Die maßgebenden Gesichtspunkte sind oben S. 319 bereits dargelegt. In den Motiven ist die Frage gar nicht erwogen; man hat sich offenbar dem Handelsgesetzbuch angeschlossen, ohne zu erwägen, daß dieses mit Schenkungen nicht zu rechnen brauchte.

Veräußerer den Besitz für den Erwerber fortsetzt oder der Erwerber nur einen schon früher erlangten Besitz sich vom Veräußerer bestätigen läßt[1]). Bei abhanden gekommenen Sachen wird mit Recht an den redlichen Besitzerwerb eines Dritten niemals der Verlust des Eigentums geknüpft und hiervon nur mit dem Handelsgesetzbuch bei Inhaberpapieren und überdies bei Geld und allen in öffentlicher Versteigerung veräußerten Sachen eine angemessene Ausnahme gemacht. Die Redlichkeit soll stets nicht bloß durch bösen Glauben, sondern schon durch grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden[2]). In allen Fällen wird selbstverständlich der Bereicherungsanspruch gegen den unbefugten Veräußerer vorbehalten[3]). Leider treten alle diese Sätze auch insoweit, als sie inhaltlich zu billigen sind, in einer vollständig verunglückten Fassung auf. Wie sie dastehen, bedürfen sie erst der Übersetzung ins Deutsche, um ihren deutschen Gedankengehalt zu offenbaren. Dazu werden sie durch zahlreiche Verweisungen, deren Auflösung auf neue Verweisungen führt, entstellt. Das Schlimmste aber ist, daß ein wichtiger Satz, der den Schutz des redlichen Besitzstandes noch weiter erstrecken soll, an dieser Stelle überhaupt verschwiegen und aus systematischer Pedanterie in die Lehre vom „Eigentumsanspruch" verwiesen wird. Hier erfahren wir aus dem überaus verkünstelt redigierten § 939, daß auch gestohlene oder verlorene Sachen von dem gutglaubigen Erwerber nur gegen Ersatz des Kaufschillings oder der sonstigen Gegenleistung, die für den Erwerb gemacht ist oder geschuldet wird, herausgegeben zu werden brauchen, dieser „Lösungsanspruch" jedoch durch den Wert der herauszugebenden Sache abzüglich der vom Eigentümer zu ersetzenden Verwendungen begrenzt wird. In dem womöglich noch verzwickter gefaßten § 940 wird sodann ein gleicher Lösungsanspruch dem redlichen Pfandnehmer gewahrt, während im übrigen die Anwendung des Satzes „Hand wahre Hand" auf den Pfandrechtserwerb erst in § 1147 und zum Teil in § 1152 ausgesprochen wird. Eine derartige Aus-

[1]) Vgl. Cosack S. 28—30. Mir scheinen die Gründe, aus denen er verlangt, daß hier dem Konstitut seine Wirkung nicht verkümmert werde, durchzuschlagen. A. M. Rieß S. 644.

[2]) Die schwerfällige Umschreibung der Redlichkeit in § 877 ist geradezu unerträglich. Vgl. Cosack S. 28. Bedenken gegen den Schlußsatz auch bei Rieß S. 647—649.

[3]) Bolze a. a. O. S. 98 ff. wünscht eine strengere Haftung auf vollen Werterſatz. Rieß S. 651—653 will den Rückgriff auf den Vormann geregelt wissen.

einanderreißung des sachlich Zusammengehörigen ist unerträglich[1]). Sehen wir hiervon ab und ignorieren wir zugleich behufs Prüfung des Inhalts das schlechthin unannehmbare Formgewand der einzelnen Bestimmungen[2]), so ist nicht zu verkennen, daß auch für die Aufnahme eines derartigen Lösungsanspruches in das System des dem redlichen Erwerber gegen die Eigentumsverfolgung zu gewährenden Schutzes einzelne Gründe sprechen. Gleichwohl würden wir der Streichung des Lösungsanspruches den Vorzug geben[3]). Unter allen Umständen schießt der Entwurf auch hier über das Ziel hinaus. Denn eine so unbedingte Verallgemeinerung des mittelalterlichen Judenprivilegs wird durch die Verkehrsbedürfnisse jedenfalls nicht geboten. Im größten Teil Deutschlands wird bisher dem redlichen Erwerber gestohlener oder verlorener Sachen (von dem nach dem Entwurfe ausscheidenden Falle der öffentlichen Versteigerung abgesehen) nur dann ein Anspruch auf Ersatz des Kaufschillings zugestanden, wenn er die Sache auf einem Markte oder einer Messe oder von einem mit derartigen Sachen handelnden Kaufmann erworben hat. Zu einer weiteren Ausdehnung der Schutzvorschrift liegt in der That nicht der mindeste Grund vor. Dieselbe würde nur der Hehlerei zu gute kommen. Wer eine ihm von einer beliebigen Person

---

[1]) Vgl. oben S. 42. Es kommt hinzu, daß die Anwendung des Satzes „Hand wahre Hand" auf den redlichen Erwerb durch Pfandveräußerung wieder an einer anderen Stelle in § 1182, die Anwendung auf den redlichen Erwerb eines Nießbrauches an verbrauchbaren Sachen — (im übrigen wird der gutgläubige Erwerb des Nießbrauches nicht geschützt, Motive S. 496) — in § 1018 Abs. 2 geregelt ist. — Bei einer gesunden Anordnung müßte der deutsche Satz „Hand wahre Hand" zu Grunde gelegt, daher die ganze Lehre bei der Regelung der binglichen Klage erledigt und die Wirkung hinsichtlich des Erwerbes und Verlustes von Eigentum im Anschluß an die Klagebeschränkung bestimmt werden; vgl. den Vorschlag von Cosack S. 43.

[2]) Einiges hierüber ist schon oben S. 69—70 bemerkt. Wir verweisen überdies auf die Umschreibungen des guten Glaubens, auf die Verkoppelungen des § 880, auf den in § 939 mit der Konstruktion eines bedingten „Anspruchs" und eines begleitenden „Zurückbehaltungsrechtes" getriebenen Unfug, auf die sprach- und sinnwidrige negative Fassung der Vordersätze in § 939 u. 940.

[3]) Hierfür Cosack S. 47—51, der zutreffend darauf hinweist, daß der Lösungsanspruch als Regel bisher nur in solchen Rechten gilt, welche (wie das lübische und preußische) den Satz „Hand wahre Hand" aufgegeben haben. Seine Argumente gegen das „neu erfundene" Recht des Entwurfes sind durchschlagend. Zum mindesten verlangt auch er die von uns befürwortete Einschränkung auf den Erwerb von Gewerbtreibenden bezw. auf die Verpfändung an gewerbsmäßige Pfandnehmer. — Für den Lösungsanspruch Rieß S. 653—655, der nur einzelnes ändern will.

ins Haus getragene oder auf der Straße angebotene Sache unter günstigen Bedingungen kauft, muß auch dann, wenn er weder unredlich noch gerade grob fahrlässig gehandelt hat, darauf gefaßt sein, daß der Eigentümer ihm dieselbe ohne Ersatzleistung wieder abnimmt. Insbesondere darf der Handelsmann, der eine Sache von einem Nichtkaufmann für sein Geschäft erwirbt, diese Gefahr nicht ablehnen. Soweit aber die Rücksichten auf den redlichen Verkehr nicht unbedingt eine Durchbrechung des Prinzips erheischen, muß der Eigentümer, dem eine Sache wider seinen Willen entzogen ist, vor dem Verlust des Seinigen bewahrt werden. Wer seine Sache selbst in fremde Hände legt, giebt dieselbe durch eigne Handlung den Verkehrsschicksalen preis und trägt daher, falls der redliche Verkehr zum Eigentumserwerbe eines Dritten führt, einen von ihm selbst verursachten Schaden. Bei unfreiwilligem Besitzverlust dagegen ist von einer solchen selbstgewollten Veränderung der Eigentumslage nicht die Rede. Daß aber bloß um der „Einfachheit" willen niemals ein Postulat der materiellen Gerechtigkeit außer acht gelassen werden darf, brauchte kaum hervorgehoben zu werden, wenn nicht die Motive vielfach in kaum begreiflicher Weise die gegenteilige Ansicht durchblicken ließen[1]).

Im Zusammenhange mit diesem ausgedehnten Schutz des redlichen Besitzstandes will der Entwurf die Ersitzung des Eigentums an beweglichen Sachen nur in der Gestalt einer „außerordentlichen" zehnjährigen Ersitzung zulassen, zu welcher es keines Titels, sondern nur des guten Glaubens bedürfen soll (§§ 881—889)[2]). Würde neben dem Satze „Hand wahre Hand" der Lösungsanspruch gegenüber der Eigentumsklage nicht oder doch nicht allgemein anerkannt, so bedürfte es jedenfalls einer kürzeren „ordentlichen" Ersitzung an gestohlenen und verlorenen Sachen[3]). Hinsichtlich der Berechnung der Besitzzeit schließt sich der Entwurf im wesentlichen den Regeln

---

[1]) Das Sonderbarste in dieser Richtung leisten sie mit der zum Glück nicht über ein Phantasiegemälde hinaus gediehenen Schilderung, wie schön es gewesen wäre, wenn man beim Mobiliarverkehr dem „Besitzstand" genau die gleiche Bedeutung wie beim Immobiliarverkehr dem Bucheintrag hätte beilegen und so durch Zurückführung des Unterschiedes beider Sachenrechtsgebiete auf einen formalen Punkt „den Vorzug der Einfachheit" hätte erreichen können (S. 344 ff.).

[2]) Vgl. hierzu Bähr S. 512—513, Meischeider S. 92—95, Zróbkowski S. 93—95, Cosack S. 32—33, Rieß S. 656—660.

[3]) Vgl. auch Cosack S. 32 u. 50, der am liebsten die Frist auf ein Jahr herabsetzen würde.

des römischen Rechtes an. Doch soll eine Unterbrechung des Besitzes als nicht erfolgt gelten, wenn im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes der Ersitzende binnen Jahresfrist den Besitz wieder erlangt oder doch eine diesen Erfolg herbeiführende Klage erhoben hat. Trotzdem soll, was Bähr mit Recht mißbilligt, die Zeit vom Verluste bis zur Wiedererlangung des Besitzes in die Ersitzungsfrist nicht eingerechnet werden[1]). Besondere künstliche Bestimmungen werden getroffen, um den Grundsatz, daß der Besitz nicht auf den Erben übergeht, unschädlich zu machen. Hat der Erblasser eine Ersitzung begonnen, so soll nicht bloß seine Besitzzeit, sondern „auch die Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und der Ergreifung des Besitzes der Sache durch den Erben" in die Ersitzungsfrist des Erben eingerechnet werden (§ 882 Abs. 2). Ferner soll der Tod des Besitzers nur dann die Ersitzung „unterbrechen", wenn ein anderer als der Erbe den Besitz der Sache ergreift. Und auch in diesem Falle scheint dem Erben, wenn er in Jahresfrist den Besitz erlangt, die Besitzzeit des Erblassers angerechnet werden zu sollen[2]). Im Einklange mit dem kanonischen Recht und den neueren Gesetzbüchern soll die Ersitzung durch mala fides superveniens gehindert werden; doch soll hier nur die wirkliche Kenntnis der eigenen Nichtberechtigung schaden, während der gutgläubige Erwerb schon durch eine dabei begangene grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird (§ 886)[3]).

An das römische Recht schließen sich die Vorschriften über „Verbindung, Vermischung, Verarbeitung" an (§§ 890—897)[4]).

[1]) Bähr S. 512. Übereinstimmend Zróbkowski S. 93 ff., Cosack S. 32, Rieß S. 658 Anm. 1.

[2]) So verstehe ich wenigstens den § 885. Anders Bähr a. a. O. S. 513, der ihn dahin auslegt, daß Abs. 3 den in Abs. 1 erwähnten zweiten Fall nicht mitumfaßt, der Erbe daher die Ersitzung von vorn beginnen muß. Es ist freilich oft schwer, sich durch die Fiktionen des Entwurfes hindurchzufinden. Die in Abs. 3 gebrauchten Worte „wiedererlangt" und „Wiedererlangung" scheinen im Sinne des Entwurfes kaum auf den zum erstenmal Besitz ergreifenden Erben zu passen. Allein obschon der Erbe nicht Besitzer sein soll, wird er offenbar hier wie so oft als Besitzer fingiert. Demgemäß wird dann auch eine Unterbrechung seiner Ersitzung fingiert. — Gegen diesen künstlichen Ersatz der Erbengewere vgl. auch Zróbkowski S. 87 ff.

[3]) Hiergegen wendet sich mit Recht Cosack S. 32, indem er durch ein treffendes Beispiel zeigt, daß auch für den redlichen Besitzer nicht jede Nachforschungspflicht erlischt. — Bedenken gegen § 888 bei Meischeider S. 94—95, gegen § 889 bei Rieß S. 659—660.

[4]) Vgl. Meischeider S. 83—84 (Bedenken gegen § 891); Cosack S. 33; Rieß S. 660—662.

Die Bestimmung, nach welcher das Eigentum an jeder beweglichen Sache, welche durch Verbindung mit einem Grundstück ein wesentlicher Bestandteil desselben wird, auf den Eigentümer des Grundstücks übergeht (§ 890), zieht nur die Konsequenzen aus dem oben bereits besprochenen Sachbegriff. Bei der entsprechenden Verbindung oder untrennbaren Vermischung beweglicher Sachen soll an der neuen Sache Miteigentum nach dem Wertverhältnis, falls jedoch eine der Sachen als Hauptsache anzusehen ist, Alleineigentum des Eigentümers der Hauptsache entstehen (§§ 891—892). Die Specifikation wird als Erwerbsart des Eigentums anerkannt und hierbei einem Übergewicht der Arbeitsleistung über die stoffliche Unterlage eines Produktes in gebührender Weise Rechnung getragen (§§ 893—894). Mit dem Eigentum sollen zugleich die sonstigen Rechte an einer durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung untergegangenen Sache erlöschen, bei der Verbindung oder Vermischung aber sollen dafür die an der Hauptsache begründeten dinglichen Rechte die neue Sache und im Falle der Entstehung eines Miteigentums die an einer einzelnen Sache bisher bestehenden Rechte den an die Stelle getretenen Miteigentumsanteil ergreifen (§ 895). Analoge Sätze sollen gelten, wenn durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung eine Eigentumsveränderung überhaupt nicht hervorgebracht, sondern lediglich ein begrenztes dingliches Recht betroffen wird (§ 896). Der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Handelnden will der Entwurf im Gegensatz zum Preußischen Landrecht keinerlei Einfluß auf die sachenrechtlichen Schicksale des Produktes einräumen (Motive S. 257)[1]). Für die Ersatzfrage bleibt natürlich das subjektive Moment erheblich; doch wird in allen Fällen dem Geschädigten ein Ausgleichungsanspruch im Umfange eines Bereicherungsanspruches gewährt (§ 897)[2]).

[1]) Hiergegen Cosack S. 33.

[2]) Die Bemerkung Bährs S. 513 zu § 897 scheint auf einem Mißverständnis zu beruhen. Freilich sind auch hier die Bestimmungen des Entwurfs (bes. in den §§ 895—896) mehr auf Versteckung als auf einfache Aussprache ihres Inhaltes angelegt. Eine Ergänzung zu § 897 schlägt Rieß S. 662 vor. — Sonderbar ist es, daß die Motive S. 360 apodiktisch erklären, die Specifikation sei kein „Rechtsgeschäft"; ob sie jedoch eine „Rechtshandlung" oder bloß eine „natürliche Handlung" (!) sei, bleibe der Entscheidung durch Wissenschaft und Praxis vorbehalten. Soll es nun verboten sein, sie als „Rechtsgeschäft" aufzufassen? Occupation und Dereliktion als „Rechtsgeschäft" zu betrachten, wird ausdrücklich verstattet (Motive S. 370 u. 371). Unter allen Umständen muß bei der Specifikation Stellvertretung gelten, was also positiv zu bestimmen wäre; vgl. Cosack S. 33, Rieß S. 661—662.

Schlechthin römisch gedacht und darum einseitig kapitalistisch gehalten sind die Vorschriften über „Erwerb des Eigentumes an Erzeugnissen und ähnlichen Bestandteilen einer Sache“ (§§ 898—902): volle sachenrechtliche Unselbständigkeit der Früchte vor der Trennung; Eigentumserwerb des Eigentümers der Hauptsache durch die Trennung; ausnahmsweise dafür Eigentumserwerb des dinglich zur Nutzung Berechtigten und hinsichtlich der natürlichen Früchte auch des redlichen Besitzers durch die Trennung; Eigentumserwerb des bloß obligatorisch Berechtigten durch die Besitzergreifung; ausnahmsweise bei dem mit Inhabung der Sache verbundenen obligatorischen Recht ein durch die oben bereits besprochene „Traditionsofferte“ vermittelter Eigentumserwerb des Nutzungsberechtigten schon mit der Trennung. Im Ergebnis wird ja nun freilich das römische Recht insoweit abgeändert, als der Nutzungsberechtigte schon durch die Separation und nicht erst durch die Perception der Früchte Eigentum erwerben soll. Nach der Ansicht mancher liegt auch in dem vorgeschlagenen Eigentumserwerb des bonae fidei possessor eine Abweichung von den römischen Quellen. Allein durch welche gekünstelten und schwer verständlichen Sätze, die erst durch die doktrinären Konstruktionen der Motive ihre volle Beleuchtung empfangen, wird dieses bescheidene Ziel erreicht[1]! Überall wird dabei die gedankliche Grundlage des römischen Rechts auf das strengste festgehalten. Nicht der leiseste Anklang an den deutschen Rechtsgedanken begegnet. Die nationale Anschauung, daß die Früchte Lohn der Arbeit sind, wird nicht einmal da, wo sie die Vorschläge des Entwurfes zu stützen vermöchte, der Erwähnung gewürdigt. Die Motive lesen sich, als sei das sogenannte „Substantialprinzip“ eine ewig gültige Offenbarung der Rechtsvernunft, ja als habe noch niemals eine ketzerische Sekte es gewagt, das „Produktionsprinzip“ und das mit ihm zusammenhängende „Prinzip der sachenrechtlichen Selbständigkeit der Früchte“ zu bekennen. Wir haben schon an anderen

[1] Über Einzelheiten vgl. Rieß S. 663—666 und Cosack S. 33—36. Beide sträuben sich gegen den unbegreiflichen Satz des Entwurfes, daß grobe Fahrlässigkeit beim Erwerbe hier den Begriff des redlichen Besitzes nicht ausschließen soll. Cosack will auch dem Unterbesitzer, der sich redlicherweise das Nutzungsrecht zuschreibt, den Fruchterwerb zugestehen. Immer aber will er den Fruchterwerb des redlichen Erwerbers auf den Reinertrag der Fruchtziehung einschränken. Er wirft dem Entwurf zutreffend vor, daß er durch den Mangel einer derartigen eigentlich selbstverständlichen Bestimmung den schlimmsten Raubbau begünstige.

Stellen, an denen wir auf die Konsequenzen der romanistischen Ordnung des Fruchterwerbes stießen, diese Sünde gegen den deutschen Geist bekämpft. Unserer Ansicht nach kann ein deutsches Gesetzbuch seinen socialen und ethischen Beruf nur erfüllen, wenn es den Fruchterwerb voll und ganz aus dem Gedanken des „verdienten Guts" gestaltet[1]). Ein Volk, in dem noch das Rechtssprichwort „Wer säet, der mähet" lebt, darf sich ein anderes Recht nicht bieten lassen. Zum mindesten aber muß mit dem siebzehnten deutschen Juristentage verlangt werden, daß das Gesetzbuch den Eigentumserwerb des Nutzungsberechtigten einschließlich des Pächters nicht erst mit der Trennung, sondern schon in demjenigen Zeitpunkte sich vollziehen lasse, in welchem die Früchte „in äußerlich sichtbarer Gestalt" hervortreten[2]).

Die Bestimmungen über den Eigentumserwerb durch „Zueignung" herrenloser beweglicher Sachen gehen mit dem geltenden Recht von der Occupationsfreiheit aus, lassen jedoch sowohl die gesetzlichen Occupationsverbote wie die ausschließlichen Occupationsrechte des deutschen Rechtes unberührt (§ 903). Der Eigentumserwerb des unbefugten Occupanten wird ausdrücklich verneint. Damit eine Sache durch Dereliktion herrenlos werde, soll es des Aufgebens der Inhabung und einer „Erklärung, das Eigentum der Sache aufzugeben" bedürfen[3]). Hinsichtlich wilder und gezähmter Tiere werden die Sätze des Pandektenrechtes wiederholt (§ 905); daß dieselben auf die bei uns in natürlicher Freiheit gar nicht vorkommenden Tiergattungen nicht passen, bleibt unbeachtet (vgl. Bähr S. 513). Durch besondere Vorschriften regelt der Entwurf den Verlust und Erwerb des Eigentums an ausgezogenen Bienenschwärmen

[1]) Hinsichtlich der Einzelheiten einer auf diese Grundlage zu bauenden Rechtsordnung verweisen wir auf das Gutachten Thomsens für den 17. deutschen Juristentag, Verh. XVII 1 S. 288 ff., bes. 332—333.

[2]) Verh. des deutsch. Juristentages XVII 2 S. 35 ff. u. 280 ff. — Die Motive, die sonst öfter auf Beschlüsse des Juristentages Bezug nehmen, schweigen völlig von diesen besonders eingehenden Verhandlungen, bei denen der rein romanistische Standpunkt nur ganz vereinzelt vertreten wurde.

[3]) Es versteht sich ja, daß hier an „stillschweigende Willenserklärung" gedacht ist: allein eine derartige Ausdrucksweise ist sprachwidrig und irreführend, wo nicht einmal als Regel eine wirkliche „Erklärung" vorgestellt wird. Vgl. auch Rieß S. 666. — Die Motive (S. 371) rühmen auch hier die erzielte „Übereinstimmung" zwischen Immobiliarsachenrecht und Mobiliarsachenrecht: es sei nur an die Stelle der in § 872 verlangten „Eintragung" hier die „Aufgebung der Inhabung" gesetzt.

(§§ 906—909)[1]. Kaum zu billigen ist hierbei die vom bisherigen Recht abweichende Bestimmung, daß der Bienenschwarm nicht erst nach Ablauf einer festen Frist, sondern schon dann herrenlos werden soll, wenn der Eigentümer nicht „unverzüglich" sein Verfolgungsrecht ausübt[2]. Auffallenderweise behandelt der Entwurf hier in vollem Widerspruch mit seinem oben dargelegten Sachbegriff den Schwarm als Sache und läßt bei einer Vereinigung mehrerer Bienenschwärme „Miteigentum nach Bruchteilen" „an dem eingefangenen Gesamtschwarme" für mehrere verfolgende Eigentümer entstehen. So wenig durchführbar ist die Ablehnung des Begriffes der Gesamtsache! Im übrigen weist der Entwurf den oft geäußerten Wunsch einer Regelung des Bienenrechtes zurück und vertröstet auf „polizeiliche" Vorschriften über „diese Art der Tierhaltung"[3]. Auch sonst soll die „Polizei" hinsichtlich der einzelnen Tiergattungen das Privatrecht ergänzen; nur in Ansehung der Tauben hält das Einführungsgesetz (Art. 69) zugleich privatrechtliche Besonderheiten der Partikularrechte aufrecht. Gänzlich ausgeschlossen aus dem Privatrecht wird das Beuterecht (Motive S. 370).

Überaus sorgfältig regelt der Entwurf die rechtliche Behandlung „gefundener Sachen"[4]. Da das römische Recht schweigt, kann

[1] Vgl. Kolligs, Das Bienenrecht nach den §§ 906—909 des Entw., Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 433—444.

[2] Gegen das Erfordernis „unverzüglicher" Verfolgung vgl. auch Kolligs S. 437—439; er will indes keine feste Frist wieder einführen, sondern durch eine andere Fassung des § 906 (vgl. S. 443) helfen. — Daß der Entwurf nicht mit dem deutschen und preußischen Recht dem Eigentümer des Bodens, auf welchem der Schwarm sich niederläßt, ein ausschließliches Aneignungsrecht beilegt, wird von Kolligs S. 439—440 gebilligt; die Mehrheit der Bienenzüchter ist anderer Ansicht. — In § 907 will Kolligs S. 440—441 das Recht des verfolgenden Eigentümers, die Waben einer fremden, nicht besetzten Bienenwohnung „herauszubrechen", gestrichen sehen. — Den § 908 erklärt Kolligs S. 441 für unannehmbar; er will bei der Vereinigung von Bienenschwärmen zunächst das Sondereigentum der verfolgenden Eigentümer an ihren Schwärmen fortbestehen lassen, bei Untrennbarkeit aber Verkauf und Gleichteilung des Erlöses vorschreiben. — Vollständig billigt Kolligs S. 441 die Bestimmung des § 909 über Bettel- oder Hungerschwärme.

[3] Kolligs S. 442 wünscht zu Gunsten der Imker die Aufnahme einer Bestimmung, nach welcher der durch Bienen angerichtete Schaden von dem Eigentümer derselben nur dann zu ersetzen ist, „wenn er die Vorschriften über den Standort verletzt oder während des Schwärmens und Einfangens oder bei Transporten die notwendigen Sicherheitsmaßregeln vernachlässigt". Das wäre ein bedenkliches Privileg!

[4] Vgl. Cosack S. 36—39; Rieß S. 667—670. Über zu große Breite dieser Bestimmungen klagt Bekker S. 14.

er hier nicht vermeiden, aus dem deutschen Recht zu schöpfen. Im ganzen stellt er das Fundrecht auf gesunde Grundlagen. Nur verdirbt er auch hier durch eine in den einfachen Vorgang hineingetragene künstliche Konstruktion romanistischer Herkunft nicht nur die Fassung der meisten Sätze, sondern zum Teil auch den Inhalt der vorgeschlagenen Ordnung. Namentlich wird der Finder, von der in § 921 bei geringwertigen Sachen bis zu drei Mark gemachten Ausnahme abgesehen, dergestalt beschwert und gefährdet, daß ein vorsichtiger Mann sich zehnmal besinnen wird, bevor er eine nicht zweifellos unter drei Mark zu wertende Sache aufnimmt. Sobald er die Sache „in seine Innehabung nimmt", lädt er ein „Schuldverhältnis" auf sich, das ihn zu „unverzüglicher" Anzeige, zur Erhaltung und Verwahrung der Sache mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters, unter Umständen zu ihrer öffentlichen Versteigerung nach nochmaliger Anzeige bei der Polizei, auf Verlangen auch zur Ablieferung an die Polizei verpflichtet (§§ 910—913). Meldet sich ein angeblich Berechtigter, so muß der Finder selbst dessen Legitimation prüfen; er darf sowenig ohne weiteres dem Verlierer restituieren, wie der Verlierer lediglich auf Grund der Thatsache des Verlustes die Herausgabe der Sache fordern kann; vielmehr kommen im Gegensatze zu den deutschrechtlichen Regeln die gewöhnlichen Sätze über „Vindikation" zur Anwendung (Motive S. 376). Dafür empfängt der Finder freilich „Gegenansprüche" auf Ersatz der Aufwendungen und auf einen prozentualen Fundlohn, hat aber wegen derselben „keine vollgültige Forderung", sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht (§§ 914—917). Wird auf die vorgeschriebene „polizeiliche Bekanntmachung" des Fundes ein Anspruch nicht angemeldet, so kann der Finder durch die Aushändigung eines polizeilichen „Zeugnisses", welches regelmäßig nach einem Jahre zu erteilen ist, aus besonderen Gründen aber bis zum Ablauf von drei Jahren zurückbehalten werden kann, das Eigentum an der gefundenen Sache erwerben; ist ein Anspruch angemeldet, so ist derselbe in dem Zeugnis vorzubehalten (§§ 918—920). Trotz des Eigentumserwerbes bleibt jedoch der Finder noch drei Jahre lang einem Bereicherungsanspruch ausgesetzt (§ 922). An Stelle des verzichtenden oder säumigen Finders erlangt die Gemeinde des Fundortes den Anspruch auf Eigentumserwerb, während die sonst (z. B. in Preußen) bestehenden öffentlichen Anrechte an gefundenen Sachen wegfallen (§ 923)[1]. — Abweichende

[1]) Cosack schlägt vor: bei Gefahr im Verzuge soll der Verkauf der Fund-

Bestimmungen werden zweckmäßigerweise für die „in den Geschäftsräumen oder in den Transportmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer öffentlichen Verkehrsanstalt“ gefundenen Sachen getroffen (§§ 924—928)[1]). — Das Recht des Schatzes wird ohne jede Rücksicht auf die zum Teil erhaltenen gegenteiligen Sätze des deutschen Rechts im Sinne des gemeinen römischen Rechts geordnet (§ 928). Ein öffentliches Anrecht wird nicht einmal an Gegenständen von künstlerischem oder historischem Wert gewahrt[2]).

Auf die im vierten Titel entwickelte Lehre vom „Eigentumsanspruch (§§ 929—945) können wir hier nicht näher eingehen, da es sich lediglich um einen nach Form und Inhalt wenig anmutenden Ausbau der römischen rei vindicatio, actio negatoria und actio Publiciana handelt[3]). Durch die Einführung des „Anspruchsbegriffes“ einerseits, der Unterscheidung zwischen „Besitz“ und „Inhabung“ andererseits empfangen diese Bestimmungen eine so verwickelte und doktrinäre Gestalt, daß sie erst nach längerem Studium ihren eigentlichen Sinn erschließen. Dazu kommt, daß gerade in diesem Titel die schwerfälligen Umschreibungen für redlichen und unredlichen Besitz, die Einschachtelungen von Ausnahmen und Maßgaben, die fast in jeden Satz eingebauten ziffernmäßigen Verweisungen

---

sache ohne Anzeige zulässig sein; der Empfänger soll sich durch Rückgabe der Sache von den Ansprüchen des Finders wieder befreien können, falls ihm deren Höhe nicht angezeigt ist; die Folgen von Versehen der Polizei sollen geregelt werden; bei Sachen über 300 Mark soll dem Staat oder der Gemeinde ein Anteil gebühren; der Verlierer soll seine Ansprüche durch Vorbehalt einer Prüfungsfrist und durch Hinterlegung des vom Finder geforderten Betrages erhalten können; auch bei Sachen unter drei Mark soll der Finder zur Anzeige verpflichtet sein. — Rieß will nur im Falle des § 914 Abs. 2 die Abmessung des Fundlohns der Polizei übertragen.

[1]) Billigend Koch S. 46, der nur eine Ermächtigung der Behörde wünscht, dem „Finder“ einen Fundlohn zuzusprechen und bei der Abführung an den Fiskus u. s. w. abzuziehen. — Cosack S. 38 tadelt den Versteigerungszwang.

[2]) Cosack S. 38—39 wünscht ebenfalls eine Beteiligung des Staates am Schatzerwerbe; er fordert überdies, daß nicht bloß der Besitznehmer, sondern der wirkliche Finder als Finder behandelt, jedoch beim Funde durch widerrechtliche Handlungen sein Anteil an den Fiskus verloren werde. Rieß S. 669—670 wünscht auch hier eine Anzeigepflicht. Bekker S. 48 tadelt, daß § 928 auch die Annahme von „Schätzen“, die in Mobilien verborgen sind, offenläßt.

[3]) Vgl. Bähr S. 513—516; Bolze, Die Bestimmungen des Entw. u. s. w. über die Steigerung des vindikatorischen Eigentumsanspruches, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 97—134; Cosack S. 39—56; Rieß S. 670—692; Krech S. 78 bis 85. — Über die Form L. Goldschmidt S. 104—105, auch oben S. 33, 40 ff., 69. — Von dem Inhalt der §§ 939 u. 940 war vorhin schon die Rede (S. 339—341).

eine besonders verhängnisvolle Rolle spielen. Ein wirkliches Verständnis eröffnen erst die von subtiler Gelehrsamkeit strotzenden umfangreichen Motive (S. 392—433), die mit ihren Distinktionen zwischen dem rein dinglichen Anspruch und dem auf dinglicher Grundlage erwachsenen „Schuldverhältnis", deliktischer und nichtdeliktischer Qualität von Besitzhandlungen, Rechtsverhältnissen und bloßen „Rechtspositionen" u. s. w. eine Reihe verborgener Feinheiten des Textes an das Licht bringen. Wie wenig trotzdem dieses redaktionelle Kunstwerk die erheblichsten Zweifel abschneidet und die bedenklichsten Verstöße gegen die Gerechtigkeit und das praktische Bedürfnis vermeidet, zeigen schon die von Bähr, Bolze und Cosack, zum Teil auch von Rieß und Krech zu einzelnen Paragraphen erhobenen Einwendungen[1]). Dabei bleibt es freilich oft genug unsicher, ob der eigentliche Sinn des Entwurfes von der Kritik überhaupt erfaßt ist. Ein solches Recht ist unbrauchbar! Wie ganz anders eine auf wirklich deutsche Rechtsgedanken gegründete Ordnung der Eigentumsklage aussehen würde, hat Cosack in vortrefflicher Ausführung dargelegt[2]).

[1]) Ungenügend geregelt ist das Verhältnis zwischen der Eigentumsklage und der durch Eintrag im Grundbuch begründeten Eigentumsvermutung, sowie der Berichtigungsklage im Falle unrichtigen Eintrags (der § 7 des preuß. Ges. v. 5. Mai 1872 ist nicht aufgenommen); vgl. Bähr S. 513—514, 516; a. M. Krech S. 78. Unklar bleibt in ihren Folgen die Zulassung einer Verurteilung des Besitzers, für den ein anderer aus eigenem Recht „innehat", zur Herausgabe der Sache; Bähr S. 514. Verfehlt ist die Losreißung der Nebenansprüche vom Eigentumsanspruch; Rieß S. 672—673, auch Bähr S. 514. In Form und Inhalt mißlungen ist § 930: Bolze S. 103 ff., Rieß S. 673 ff. Vielfach mißglückt ist die Abgrenzung von redlichem und unredlichem Besitz, besonders wegen der Nichtanrechnung der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis als Unredlichkeit; Bolze S. 105 ff., Cosack S. 44 mit S. 34, Krech S. 79. Mancherlei Bedenken sprechen gegen die Sätze über die Ansprüche des Eigentümers auf Nutzungen und Schadenersatz; Bähr S. 514 ff., Bolze S. 103—133, Cosack S. 44, Rieß S. 679—681, Krech S. 80—81. Unerträglich ist, daß der Anspruch wegen Verwendungen für den redlichen und unredlichen Besitzer gleichgestaltet ist; Cosack S. 44 ff., Rieß S. 681 ff., Krech S. 81 ff. Vermißt wird die Herstellung der richtigen Beziehungen zwischen Verwendungen (Auslagen) und Nutzungen; Bähr S. 515—516, Bolze S. 118 ff., Cosack S. 46. Einer Ergänzung bedarf die negatorische Klage des § 943; Cosack S. 52, auch Bolze S. 125 ff. Von geringer praktischer Bedeutung ist die publicianische Klage in der vorgeschlagenen Gestalt; Rieß S. 689—692 will sie ganz beseitigen. Cosack S. 52—56 sie zu einer petitorischen Klage jedes Besitzers (auch des Unterbesitzers mit Einschluß des Verwahrers und selbst des unredlichen Besitzers) gegen den schlechter berechtigten Besitzer erweitern.

[2]) Vgl. Cosack S. 39—44, wo der Unterschied römischer und deutscher

Den Beschluß des Abschnittes über das Eigentum bildet ein vom „Miteigentum“ handelnder fünfter Titel[1]). Von den gesetzlichen Ausnahmefällen des „anomalen“ Miteigentums (im Bereiche des Entwurfes lediglich bei der ehelichen Gütergemeinschaft) abgesehen, wird nur ein Miteigentum „nach Bruchteilen“ anerkannt, für welches zunächst die schon besprochenen allgemeinen Sätze über die „Gemeinschaft“ nach Bruchteilen gelten sollen, daneben aber einige auf die sachenrechtliche Seite des Verhältnisses bezügliche besondere Vorschriften aufgestellt werden (§ 946). Es versteht sich von selbst, daß der Entwurf hierbei seinem individualistischen Grundprinzip treu bleibt. Seine Regelung des Miteigentums aber ist schlechthin zwingender Natur und schneidet daher auch die Möglichkeit ab, durch gewillkürtes Recht den Typus des römischen condominium im Sinne einer deutschrechtlichen Eigentumsgemeinschaft umzubilden. Der Entwurf geht davon aus, daß jede Miteigentumsquote ein selbständiges und volles „Eigentum“ ist. Mit dem Bruchteilseigentum kann jedoch ein begrenztes dingliches Recht an der ganzen Sache verbunden und somit auch für den Miteigentümer ein derartiges Recht an der gemeinschaftlichen Sache begründet werden (§ 947). Die Übertragung und Belastung der Anteile richtet sich nach den für das Eigentum an der ganzen Sache maßgebenden Vorschriften (§ 948). Dem Anteilsrecht entspringt mit Rechtsnotwendigkeit ein dinglicher Teilungsanspruch, der „in jedem Augenblick neu entsteht“ und von dem Einzelnachfolger eines Miteigentümers ohne Rücksicht auf entgegenstehende Abreden geltend gemacht werden kann. Doch soll bei dem Miteigentum an einem Grundstück durch Eintragung ein Teilungsausschluß, der jedoch auch hier nicht über dreißig Jahre hinaus zulässig ist, den Konkursverwalter niemals bindet und überdies im Zweifel mit dem Tode eines Miteigentümers erlischt, dingliche Wirksamkeit empfangen können. Um dieses Zugeständnis mit dem Prinzip der getrennten Eigentumsrechte in Einklang zu halten, hat der Entwurf eine eigene juristische „Konstruktion“ erfunden, der zufolge in einem solchen Falle der Anteil eines Miteigentümers zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines

---

Auffassung hinsichtlich der Begründung der Klage und demgemäß hinsichtlich der Verteilung der Beweislast und der Relativität des Prozesses siegreich zur Geltung gebracht wird.

[1]) Formelle Ausstellungen bei L. Goldschmidt S. 144—146, der nur die §§ 949 u. 950 beizubehalten wünscht. Nur referierend Krech S. 87—88.

anderen Anteils mit einer servitutenähnlichen Pflicht belastet wird, die Aufhebung der Gemeinschaft nicht zu verlangen. Weitergehende Einschränkungen des Sonderrechts, durch die etwa auch hinsichtlich der Verwaltung und Benutzung die Gemeinschaft verstärkt würde, sind gemeinrechtlich nicht eintragungsfähig. Ausnahmsweise sollen jedoch die Landesgesetze kraft des schon oben (S. 102) charakterisierten Vorbehaltes behufs Rettung des Geschoßeigentums eine immerwährende gegenseitige Belastung von Miteigentumsanteilen mit der Pflicht, die ausschließliche Benutzung bestimmter Teile eines Gebäudes durch einzelne Miteigentümer zu dulden, zulassen dürfen (§ 949 u. E. G. Art. 73). Die Motive können mit Stolz darauf hinweisen, daß auch hier das Grundprinzip des Entwurfes mittels einer scharfsinnigen Konstruktion gewahrt ist. Einen noch glänzenderen Triumph feiert das Sonderungsprinzip durch die Abschaffung des Anwachsungsrechtes unter Miteigentümern: an Stelle desselben sollen auf die einzelnen Anteile die gewöhnlichen Sätze über Dereliktion und Occupation bezw. Aufgebot angewandt werden (§ 950). Hierdurch wird das römische Recht von einem häßlichen Flecken gesäubert, den die auch von ihm nicht ganz überwundene Hineintragung des Gedankens der Gemeinschaft in die „Gemeinschaft" verursacht hat. Daß nun jeder Erwerb eines Anteils durch einen Gemeiner der Steuerpflicht verfällt, erklären die Motive für einen Umstand, der „selbstverständlich für die Civilgesetzgebung außer Betracht bleiben muß"; vielleicht werde die künftige Steuergesetzgebung ein Einsehen haben (Motive S. 442). Die dem deutschen Recht entstammenden Näher- oder Vorkaufsrechte unter Miteigentümern finden selbstverständlich vor den Augen des Entwurfes keine Gnade (Motive S. 437). Schließlich wird auch hinsichtlich des Eigentumsschutzes jeder Miteigentumsanteil als gesondertes Eigentum behandelt und deshalb die „entsprechende Anwendung" des ganzen vierten Titels auf den „Eigentumsanspruch des Miteigentümers" befohlen; nur wird dem Anspruch auf Herausgabe der Sache hier der „Anspruch auf Einräumung des Mitbesitzes" substituiert; doch soll der einzelne Miteigentümer von einem Dritten „die Herausgabe der gemeinschaftlichen Sache an alle Miteigentümer" nach Maßgabe der für Gesamtforderungen auf eine unteilbare Leistung geltenden Sätze fordern können (§ 951). Folgerichtigkeit läßt sich diesem System nicht absprechen. Der Gedanke der Gemeinschaft ist aus diesem Miteigentum bis auf den Grund getilgt. Gerade darum aber ist wiederum das Recht, das uns geboten wird, durch und durch undeutsch, unvolkstümlich und antisocial. —

Nach Erledigung der allgemeinen Lehren des Sachenrechts und der Lehre vom Eigentum behandelt der Entwurf in den letzten fünf Abschnitten des Sachenrechts die von ihm zugelassenen begrenzten dinglichen Rechte.

Zunächst normiert er im fünften Abschnitt das dingliche „Vorkaufsrecht an Grundstücken“ [1]). Mit den gesetzlichen Näherrechten räumt er innerhalb seines Geltungsbereiches vollständig auf. Wir bedauern den Wegfall jedes gesetzlichen Näherrechtes unter Gemeinern [2]). Das Näherrecht aus der Gemeinschaft hat auch heute eine tiefe innere Berechtigung. Bei dem Miteigentum an einem Grundstück erkennen dies die Motive selbst durch Empfehlung der nach dem Entwurfe zulässigen Belastung der Miteigentumsanteile mit gewillkürten Näherrechten zu Gunsten der übrigen Miteigentümer indirekt an (S. 454). Die Landesrechte können auf den ihnen überlassenen Rechtsgebieten, also z. B. bei der Enteignung, im Bergrecht, im Agrarrecht u. s. w., auch fernerhin gesetzliche Näherrechte aufrechterhalten oder einführen. Der Entwurf nimmt aber seiner Grundmaxime gemäß auf solche partikularrechtliche Bildungen keine Rücksicht. Vielmehr stellt er lediglich Sätze auf, die für das von ihm zugelassene gewillkürte Näherrecht des gemeinen Rechtes passen. Ein solches Näherrecht, das ungeeigneterweise den Namen „Vorkaufsrecht“ erhält, soll durch dinglichen Vertrag und Eintragung an Grundstücken begründet werden können. Die Motive ergeben, daß man sich nur mit schwerem Herzen zur Beibehaltung dieses deutschrechtlichen Institutes entschlossen hat; doch sind die Erwägungen, welche zu Gunsten desselben den Ausschlag gegeben haben, durchaus zutreffend und von einer leider sonst oft vermißten Einsicht in wirtschaftliche und sociale Bedürfnisse der Gegenwart getragen (S. 448—449). Trotzdem ist die Ungunst, mit welcher jede Schranke der vollen Entfesselung des freien Verkehrs betrachtet wird, nicht ganz überwunden. Denn den Landesgesetzen soll die Befugnis erteilt werden, die Belastung von Grundstücken mit Vorkaufsrechten zu verbieten oder enger als das gemeine Recht zu begrenzen (Motive S. 449 u. 452). Warum gerade hier Landrecht gemein Recht brechen soll, ist nicht einzusehen. Auch werden durch den Entwurf selbst dem dinglichen Vorkaufsrecht gewisse nach § 959 unübersteigliche Schranken gesetzt, die dasselbe teilweise zu ängstlich einschnüren. Ein dingliches Vorkaufsrecht soll an sich nur in demjenigen Umfange begründet werden können, in welchem auf Grund einer Obligation nach den gesetzlichen Bestimmungen mangels anderer

[1]) Vgl. Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit S. 52—53; Kreck S. 89 bis 92 (wesentlich referierend und durchweg billigend); Opitz S. 31—33.

[2]) A. M. Kreck S. 89.

Abrede ein persönliches Vorkaufsrecht entsteht: die durch besondere Vereinbarung möglichen Erweiterungen des persönlichen Vorkaufsrechtes sind also der Verdinglichung unfähig (Motive S. 450 ff. u. 452 ff.). Hiervon werden nur zwei wichtige Ausnahmen gemacht, ohne die das Institut einen wirklichen Wert kaum hätte: das Vorkaufsrecht soll als wiederholentliches und somit (z. B. zu Gunsten einer juristischen Person) auch als immerwährendes Recht und es soll als subjektiv-dingliches Recht eingetragen werden können (§ 952). Ausgeschlossen bleibt dagegen die Eintragung eines vererblichen oder veräußerlichen Vorkaufsrechtes. Und ohne jeden Vorbehalt wird namentlich ein Vorkaufsrecht mit vorausbestimmtem Vorkaufspreise (Motive S. 453—454) und folgerichtig zugleich jedes Wiederkaufsrecht (a. a. O. S. 451—452) der Verdinglichung entzogen. Hierin liegt ein ungerechtfertigter Eingriff in die vom Entwurf ja freilich im Gebiete des ganzen Sachenrechts rigoristisch abgelehnte Gestaltungsfreiheit der Beteiligten[1]). Den unverkennbaren Bedenken, welche sich einzelnen derartig erweiterten dinglichen Anrechten entgegenstellen, kann man durch besondere einschränkende Bestimmungen, wie z. B. durch Setzung einer zeitlichen Schranke, und bei dem Vor- oder Wiederkaufsrecht zu fixiertem Preise durch Gewährung eines unausschließbaren Ersatzanspruches wegen Meliorationen Rechnung tragen. Es heißt aber das Kind mit dem Bade ausschütten, wenn man die Begründung solcher im größten Teil Deutschlands bisher zulässigen Anrechte schlechtweg verbietet. Hier soll auch eine Abhülfe durch Landesrecht keineswegs offenbleiben: denn das Landesrecht soll die Gestattungen des Entwurfes zwar abschwächen, nicht aber verstärken dürfen[2]). Ausdrücklich wird endlich die Belastung eines nicht schon als Miteigentumsanteil ausgesonderten Bruchteiles eines Grundstücks mit einem Vorkaufsrechte untersagt (§ 953). Insoweit nun aber nicht hiernach ein der Verdinglichung unfähiger Überschuß eines persönlichen Vorkaufsrechtes vorliegt, will der Entwurf das gewillkürte Näherrecht durchaus und lediglich mit dem Inhalt des obligationenrechtlichen Vorkaufsrechtes ausstatten. Er konstruiert daher das „Vorkaufsrecht an Grundstücken" nicht als selbständiges Retraktrecht, sondern als dinglich gesicherte Obligation (Motive S. 450). Die Auffassung des Näherrechts als eines verding-

[1]) Übereinstimmend Fuchs a. a. O. S. 128—130, der in der Ablehnung jedes dinglichen Wiederkaufsrechtes eine Verewigung der Unvollkommenheiten des römischen Rechts erblickt.

[2]) Eine Ausnahme stellen die Motive für die bei Lehnen und Fideikommissen den Agnaten gewährten Vorkaufsrechte zu festbestimmten Preisen in Aussicht (S. 454).

lichten Vorkaufsrechtes entspricht in der That am meisten dem praktischen Bedürfnis. Bekanntlich liegt sie auch dem preußischen Recht zu Grunde. Allein indem der Entwurf, dem der Begriff einer Realobligation fremd ist, mit seinen Prinzipien möglichst in Einklang zu bleiben sucht, gelangt er auch hier zu einer künstlichen Zerreißung des Zusammengehörigen[1]). Denn im Verhältnis des Berechtigten zu dem verkaufenden „Vorkaufspflichtigen" läßt er nun überhaupt ausschließlich eine Obligation entstehen (§ 954): darum soll einerseits auch im Konkurse des Vorkaufspflichtigen und bei der Subhastation des Grundstücks keine dingliche Wirkung des eingetragenen Rechtes hervortreten, andrerseits aber die persönliche Verbindlichkeit des Vorkaufspflichtigen neben der durch einen Verkauf zur Wirksamkeit gelangten dinglichen Belastung des nunmehrigen Eigentümers in vollem Umfange fortbestehen (Motive S. 455). Dagegen legt der Entwurf dem dritten Erwerber lediglich eine zur Sicherung der persönlichen Haftung des Erwerbers bestimmte „accessorische Haftung mit dem Grundstück" auf (Motive S. 456). Die Sache soll angesehen werden, als sei das Grundstück mit einer „Reallast" beschwert, deren Inhalt jedoch nicht darin besteht, daß etwas aus dem Grundstück zu geben, sondern darin, „daß das Grundstück selbst, als ob es gekauft wäre, zu geben ist" (Motive S. 450). Aus der accessorischen Natur dieser dinglichen Last folgert der Entwurf die Befugnis des in Anspruch genommenen Dritten, sich dem Berechtigten gegenüber aller dem Hauptverpflichteten zustehenden Einwendungen zu bedienen (§ 956). Auch gewährt er dem Dritten ein selbständiges Interpellationsrecht, durch dessen Ausübung der Berechtigte genötigt wird, binnen einer Ausschlußfrist von zwei Monaten die Geltendmachung des Vorkaufsrechtes zu erklären (§ 957). Im übrigen verpflichtet er den dritten Erwerber von dem Augenblick an, in welchem der Berechtigte ihm gegenüber die Ausübung des Vorkaufsrechtes erklärt hat, zur Herausgabe des Grundstücks unter Übertragung des Eigentums und unter Beseitigung der inzwischen eingetragenen Lasten, läßt jedoch gleichzeitig eine Zug um Zug zu erfüllende Gegenverpflichtung des Berechtigten zum Ersatze des Kaufschillings entstehen (§§ 957—958). Warum die einfachen Rechtssätze, um die es sich hier handelt, in eine so überaus künstliche Form gegossen sind, wird erst verständlich, wenn das Studium der Motive einen Einblick sowohl in die Feinheiten der zu Grunde liegenden „Konstruktion" als in die Schwierigkeiten eröffnet hat, welche zu überwinden waren, um vom prinzipiellen Standpunkte des Entwurfes

---

[1]) Vgl. auch Fuchs S. 52—53. A. M. Krech S. 91—92.

aus die beiderseitigen „Ansprüche“ bei Ausübung des Vorkaufsrechts überhaupt als möglich zu konstruieren (S. 457—460)! Endlich wird bezüglich der Aufhebung des dinglichen Vorkaufsrechts bestimmt, daß die rechtsgeschäftliche Aufhebung desselben durch eine gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene einseitige Verzichtserklärung und Löschung im Grundbuch erfolgt, daß es jedoch bei dem subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht überdies der Einwilligung eines am berechtigenden Grundstück dinglich Berechtigten bedarf, soweit nicht etwa dessen Recht von der Aufhebung des Vorkaufsrechtes ganz unberührt bleibt (§ 960). In dieser Bestimmung kommen zwei allgemeine Grundsätze, die der Entwurf bei den begrenzten dinglichen Rechten durchführt, zur Erscheinung (Motive S. 460—465). Denn einerseits wird stets (außer bei Hypotheken und Grundschulden) die Aufhebung solcher Rechte durch einseitige Willenserklärung anerkannt, so daß die in der eintretenden Konsolidation enthaltene Zuwendung an den Belastenden ohne dessen Zuthun wirksam wird, jedoch bei Rechten an Grundstücken der Untergang des Rechtes erst an die Löschung geknüpft. Andrerseits wird niemals die rechtsgeschäftliche Aufhebung eines belasteten Rechtes unter Vorbehalt des belastenden Rechtes zugelassen.

Ihrem römischen Ursprunge verdankt es die superficies, daß sie als „Erbbaurecht“ aufgenommen ist (Abschn. 6)[1]). Das Erbbaurecht wird als subjektiv persönliches, jedoch notwendig veräußerliches und vererbliches dingliches Recht, „auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben“, mit oder ohne Zeitschranke zugelassen; ausdrücklich ausgeschlossen dagegen wird ein auf eine Abteilung eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk oder ein einzelnes Gelaß, beschränktes Erbbaurecht (§ 961). Ein Bodenzins ist dabei nicht für wesentlich erklärt, muß vielmehr vorkommenden Falles als besondere Reallast begründet und eingetragen werden (Motive S. 468). Unter allen im Entwurf selbst normierten Rechten ist das Erbbaurecht das einzige, welchem die Natur einer selbständigen liegenschaftlichen Gerechtigkeit beigelegt und deshalb ein eignes Grundbuchblatt eingeräumt wird (§ 962). Es wird somit wie eine unbewegliche Sache behandelt. Seine Begründung erfolgt durch Auflassung und Eintragung. Auf seinen Schutz finden die Vorschriften über den „Eigentumsanspruch“ analoge

[1]) Vgl. Krech S. 93—96; Opitz S. 15. — Daß die Vertröstung der Motive auf dieses Erbbaurecht wenig dazu beitragen wird, den Widerspruch gegen den Satz „Kauf bricht Miete“ zu beseitigen, hebt auch Krech S. 94 hervor. — Für die Zulassung eines Erbbaurechts an einem Bruchteil tritt Krech S. 62 bis 63 ein.

Anwendung (§ 964); nur kann, wie die Motive (S. 474) hervorheben, der Erbbauberechtigte mit der Vindikation bloß Herausgabe der Sache zur „Inhabung" fordern, während daneben der Eigentümer ein Vindikationsrecht auf Herausgabe zum „Besitz" behält. Hinsichtlich der Aufhebung durch Rechtsgeschäft gelten für das Erbbaurecht entsprechende Regeln wie für das dingliche Vorkaufsrecht (§ 965).

Der siebente Abschnitt regelt die „Dienstbarkeiten". Der Entwurf schließt sich hier in engster Weise an die römische Servitutenlehre an und legt daher schon äußerlich das Pandektenschema zu Grunde, indem er zuerst (Tit. 1) von den Prädialservituten, sodann (Tit. 2) vom ususfructus, hierauf (Tit. 3) von usus und habitatio, die er als beschränkte Personalservituten zusammenfaßt, handelt. Die eigentümlichen Bildungen des deutschen Rechts sind überall unbeachtet geblieben.

Von den Hauptmängeln des uns angesonnenen Rechtes der „Grunddienstbarkeiten" haben wir schon gesprochen[1]). Wir haben auf die Lückenhaftigkeit desselben hingewiesen und namentlich betont, wie durch den Mangel jeder gesetzlichen Vorschrift über irgend eine konkrete Gattung von Grunddienstbarkeiten nicht nur den Bestimmungen des Entwurfes ein maßlos abstraktes, undurchsichtiges und unvolkstümliches Gepräge verliehen, sondern auch ein altbefestigter nationaler Rechtsinhalt zerstört und das Recht der Gebäude-, Wege-, Weide-, Wald- und Wassergerechtigkeiten ins leere gestellt wird[2]). Wollte freilich der Entwurf seiner Grundrichtung treu bleiben, so konnte er kaum anders verfahren, da er die römischen Unterscheidungen und Maßbestimmungen unmöglich aufnehmen konnte, somit gezwungen gewesen wäre, aus dem solcher Ehre unwerten deutschen Recht zu schöpfen! Wir haben ferner Protest eingelegt wider die unerträgliche Überspannung des Grundbuchformalismus, kraft welcher es keine nicht eingetragene Dienstbarkeit, keinen Rechtsbesitz, keine Ersitzung einer Dienstbarkeit oder der Eigentumsfreiheit und kein Erlöschen von Dienstbarkeiten durch Nichtgebrauch geben soll. Es ist schon ein Zugeständnis, wenn der Entwurf hier wie beim Erbbaurecht gestattet, zur näheren Bezeichnung des Rechtsinhaltes bei der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen (§ 969). Im übrigen führt er bezüglich der Begründung der Grunddienstbarkeiten wie bezüglich ihrer Aufhebung (§ 977) seine allgemeinen immobiliarsachenrechtlichen Regeln durch. Soweit dagegen das Grundbuchsystem es gestattet, schließt der

---

[1]) Vgl. Kreč S. 96—99 (durchweg Verteidigung des Entwurfes); Opitz S. 13—15 u. 26—31.

[2]) Oben S. 98. Übereinstimmend Opitz S. 14—15. A. M. Kreč S. 99.

Entwurf sich eng an das römische Recht an. In diesem Sinne begrenzt er durch eine umständliche Definition den möglichen Inhalt der Grunddienstbarkeiten (§ 966) und erweitert nur die vom römischen Recht bei der **servitus oneris ferendi** ausnahmsweise anerkannte Möglichkeit einer accessorischen Verpflichtung zu einem Thun auf die Unterhaltungspflicht hinsichtlich jeder Anlage, welche der Berechtigte kraft einer Grunddienstbarkeit auf dem dienenden Grundstück hält (§ 971 Abs. 1). Eine derartige Unterhaltungspflicht, welche bei baulichen Anlagen sogar mangels anderer Abrede ohne weiteres eintreten soll (§ 971 Abs. 2), unterstellt er dann den Regeln über Reallasten (§ 971 Abs. 3). Die Möglichkeit der Verknüpfung einer Gegenleistungspflicht mit dem Servitutenrecht schneidet er ab; nur die Belastung des herrschenden Grundstückes mit einer selbständigen Reallast bleibt offen (Motive S. 481). Als begriffswesentlich fordert der Entwurf bei jeder Grunddienstbarkeit die sogenannte **causa perpetua** und verlangt daher, daß die eingeräumte Berechtigung geeignet sei, für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorteil oder Annehmlichkeit zu gewähren (§ 967). Auch an der Unteilbarkeit der Servitut hält er fest und verbietet ausdrücklich die Begründung oder Aufhebung von Grunddienstbarkeiten nach Bruchteilen (§ 968). Für den Fall einer Teilung des dienenden oder herrschenden Grundstücks stellt er das Solidarprinzip als Regel auf, läßt jedoch in Ansehung solcher Grundstücksteile, an welchen oder für welche keine Ausübung der Servitut stattfindet, die Servitut erlöschen (§§ 975—976). Die Untrennbarkeit des Rechtes wie seiner Ausübung vom herrschenden Grundstück erhebt er zum schlechthin unabänderlichen Merkmal der Grunddienstbarkeit (§ 974). Hinsichtlich der Ausübung der Grunddienstbarkeit legt er dem Berechtigten die Pflicht zur thunlichsten Schonung des dienenden Grundstückes auf (§ 970), gewährt dem Eigentümer des letzteren ein rechtsgeschäftlich nicht ausschließbares Recht zu einer unschädlichen Verlegung des Ausübungsortes (§ 972) und sorgt für einen billigen Ausgleich unter kollidierenden Nutzungs- und Gebrauchsrechten gleichen Ranges (§ 973). Die dingliche Klage des Berechtigten regelt er durch Verweisung auf den negatorischen Eigentumsanspruch (§ 978). Endlich stellt er durch eine Reihe von Verweisungen trotz der Ablehnung des Rechtsbesitzes auch einen quasipossessorischen Schutz der Grunddienstbarkeiten her (§ 979). Derselbe kommt aber nur dem eingetragenen Berechtigten, der zugleich Inhaber des herrschenden Grundstücks ist, im Falle der Hinderung oder Störung in der Ausübung der Servitut zu gute. Er versagt daher, sobald die noch so offensichtlich fortbestehende Servitut zur Ungebühr gelöscht ist (Motive S. 491). Die anstatt der

Sachinhabung zur Begründung des Anspruchs hier geforderte „Quasiinhabung" wird in einer wenn auch nur einmaligen Ausübung des Rechtes in Jahresfrist vor der Hinderung oder Störung gefunden. Erfolgt die Ausübung in längeren Zwischenräumen, so giebt es keinen Besitzschutz (Motive S. 491). Dieses in sich unklare, halbe und unzureichende Institut, zu dessen Ausbau auf Grund verfehlter Analogieen und widerspruchsvoller Fiktionen Doktrin und Praxis aufgefordert werden, würde zwar der Zukunftsjurisprudenz einen unerschöpflichen Stoff zu gelehrten Erörterungen und Kontroversen bieten, dem Rechtsbewußtsein des Volkes aber, das an die Festigkeit und Schutzwürdigkeit der Besitzverhältnisse glaubt, in keiner Weise Genüge leisten[1]).

Je kärglicher der Entwurf die Grunddienstbarkeiten bedenkt, desto breiter ergeht er sich in der Regelung des Nießbrauchs (Tit. 2)[2]).

Er trifft zunächst Bestimmungen über den „Nießbrauch an Sachen" (§§ 980—1020). Dabei vermeidet er eine äußere Sonderung von Liegenschaften und Fahrnis und sucht auch inhaltlich für den Nießbrauch an beiderlei Sachgattungen ein möglichst gleichartiges Recht herzustellen. Nur hinsichtlich der Begründung, Übertragung und Aufhebung des Nießbrauchs gelangt er insoweit zu divergenten Rechtssätzen, als er in Anwendung seiner allgemeinen Prinzipien zwar durchweg die Gedanken des abstrakten dinglichen Vertrages und der einseitigen Verzichtserklärung durchführt, jedoch bei Grundstücken das Eintragungsprinzip, bei beweglichen Sachen das Traditionsprinzip zu Grunde legt (§§ 982—983, 1011 und 1015—1016)[3]). Außerdem ordnet er bei dem Nießbrauch an einem Grundstücke die Erstreckung desselben auf die subjektiv-dinglichen Vermögensrechte an (§ 987) und nimmt bei der Regelung der Rechte und Pflichten des Nießbrauchers auf die Besonderheiten der Grundstücke (§§ 989, 999—1000, 1003, 1008), zum Teil auch der Gebäude (§ 1001) und der landwirtschaftlichen Grundstücke und Landgüter (§ 1007 Abs. 2) Rücksicht. Von einer Gesamtsache weiß er auch hier nichts, zeichnet jedoch den Nießbrauch an einem Inbegriff von Vermögensgegen-

---

[1]) Gegen die Beschränkung des Schutzes auf eingetragene Servituten, dagegen für die Einschränkung auf ein Jahr, Wendt S. 172—177. Für den Entwurf Krech S. 99—100. Zweifelnd Meischeider S. 81—82. Bähr S. 517 bis 518 hält den gerichtlichen Schutz des Servitutenbesitzes für unnötig, die Gestattung des Selbstschutzes für bedenklich. Sehr mit Unrecht!

[2]) Vgl. Cosack S. 56—68; Krech S. 100—105.

[3]) Über die erforderliche Abänderung, falls das System der abstrakten dinglichen Verträge beseitigt oder doch ermäßigt wird, vgl. Strohal S. 392 u. 412 ff.

ständen durch die Verpflichtung zur Mitteilung eines Vermögensverzeichnisses aus (§ 993) und ermöglicht auf Umwegen die Behandlung eines dem Nießbrauch unterworfenen Grundstücksinventares als eines Sachganzen (§ 1000)[1]. Als Sachnießbrauch erkennt er auch den Nießbrauch an einem Bruchteil, und zwar sowohl an einer vom Eigentümer ausgeschiedenen Quote als an einer Miteigentumsquote, an (§ 981); das in solchen Fällen sich ergebende Gemeinschaftsverhältnis normiert er durch einige ziemlich künstliche Ergänzungen des Gemeinschaftsrechts (§ 985). Bei der Feststellung der Rechte und Pflichten des Nießbrauchers trennt er seiner Grundauffassung gemäß den sachenrechtlichen Inhalt des Nießbrauches und das aus demselben entspringende Schuldverhältnis. Er grenzt daher zunächst die von ihm als sachenrechtlich angesehenen Befugnisse des Nießbrauchers ab, indem er demselben das Recht auf „Innhabung" und Vornahme von Nutzungshandlungen, den Nießbrauch an getrennten Bestandteilen und das Eigentum an allen getrennten Früchten und gleichgestellter Ausbente zuspricht, das Recht auf den Schatz versagt (§§ 984—990). Der Formalismus seiner sachenrechtlichen Schablone tritt hier namentlich in dem bedenklichen Satze zu Tage, daß der Nießbraucher auch an den unrechtmäßig gezogenen Früchten Eigentum erwerben und nur persönlich dem Sacheigentümer zum Werterfatz bei Beendigung des Nießbrauches und zur Sicherheitsleistung hierfür verpflichtet sein soll[2]. Sodann ordnet er das als „Legalobligation" konstruierte „Schuldverhältnis" zwischen Nießbraucher und Eigentümer: die Verpflichtungen des Nießbrauchers zu wirtschaftlichem Verfahren, zur Fürsorge für Erhaltung der Substanz, zu etwaigen Feststellungen und Anzeigen, zu Reparaturen, zur Versicherung der Sache, zur Lastentragung, zur Sicherheitsleistung im Falle der Gefährdung und zur Rückgewähr, sowie seine Gegenansprüche wegen Bestellungskosten und Verwendungen (§§ 991—1008)[3]. Einen Bruch mit der rein obligationenrechtlichen Ausgestaltung dieser inneren Seite des Nießbrauches vollzieht er nur durch die Bestimmung, daß der Mieter oder Pächter, der ein Grundstück vom Nießbraucher gemietet oder gepachtet hat, nach Beendigung des Nießbrauches denselben Schutz genießen soll, der ihm in Ermäßigung

[1]) Vgl. über das Bedürfnis der Ausdehnung auf andere Vermögensinbegriffe, jedoch zugleich über die Notwendigkeit einer Abänderung der Grundsätze über die Gefahr Cosack S. 57 ff. — A. M. Krech S. 102.

[2]) Vgl. hiergegen auch Cosack S. 57. — A. M. Krech S. 100—101.

[3]) Sehr beachtenswert ist der Vorschlag von Cosack S. 58—59, dem Nießbraucher eine Amortisationspflicht in der Form eines der allmählichen Abnutzung der Sache in der Genußzeit entsprechenden Beitrages aufzuerlegen.

des Satzes „Kauf bricht Miete" dem Rechtsnachfolger des Eigentümers gegenüber zugedacht ist (§ 1008)[1]). Bei einer derartigen Auseinanderreißung des dinglichen Rechts und des gesetzlich damit verknüpften Schuldverhältnisses sieht der Entwurf sich in den Stand gesetzt, den Nießbrauch selbst und ebenso die Nießbrauchsquote eines Teilhabers an einem gemeinschaftlichen Nießbrauch für übertragbar zu erklären und die Veräußerung oder Belastung des Nießbrauchs und der Nießbrauchsquote den gewöhnlichen Regeln des Sachenrechts zu unterwerfen (§§ 1011 bis 1012). Er knüpft dann nur an den Übergang des Nießbrauchs zugleich den Eintritt des Erwerbers in das gesetzliche Schuldverhältnis und legt dem Veräußerer eine fernere gesetzliche Haftung nach Art eines selbstschuldnerischen Bürgen auf (§ 1013). Obwohl er aber so nicht bloß die Ausübung, sondern die Substanz des Nießbrauches als übertragbar behandelt, hält er hinsichtlich der Dauer des Rechtes an dessen unlöslicher Verknüpfung mit der Person des ersten Berechtigten fest (§§ 1011 Abs. 2 u. 1014). Der Nießbrauch soll daher stets mit dem Tode desselben erlöschen. Steht der Nießbrauch einer juristischen Person zu, so soll er nicht bloß mit deren Beendigung, sondern trotz der Bestellung auf längere Zeit spätestens mit dem Ablauf von 100 Jahren wegfallen. Bekanntlich ist diese dem römischen Recht entlehnte Regel, die in gleicher Weise für jede andere den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit überschreitende persönliche Dienstbarkeit gelten soll (§ 1049), dem deutschen Recht fremd und im Preußischen Landrecht (I 21 § 179) und Österreichischen Gesetzbuch (§ 529) verworfen. Ihre Aufnahme beruht auf rein doktrinären Gründen und entspricht keinem irgendwo im Leben empfundenen Bedürfnis, ist aber geeignet, althergebrachte Rechte von Gemeinden und Genossenschaften in Frage zu stellen. Man denke beispielsweise an das Nutzungsrecht einer Realgemeinde an einer im Eigentum der politischen Gemeinde befindlichen Grundfläche. Hinsichtlich des Schutzes des Nießbrauches verweist der Entwurf durchweg auf die Analogie des Eigentumsschutzes (§ 1017). Besondere Bestimmungen trifft er über den „Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen" (§§ 1018—1020), der als wirklicher Nießbrauch gelten soll, obschon nach dem Muster des quasi-ususfructus Eigentumsübergang unter bloßer Verpflichtung zur Werterstattung angeordnet, hiermit aber die Anwendbarkeit fast des ganzen Nießbrauchrechtes ausgeschlossen wird.

Sodann regelt der Entwurf den „Nießbrauch an Rechten" (§§ 1021—1037). Indem er denselben grundsätzlich den Vorschriften über

[1]) Darüber, wie diese Regel zu gestalten ist, wenn der Satz „Kauf bricht Miete" fällt, vgl. Cosack S. 60. Vgl. auch Krech S. 104—105.

den Sachnießbrauch unterwirft (§ 1021), gestaltet er ihn thatsächlich als dingliches Recht an einer unkörperlichen Sache aus. Da er aber den Begriff der unkörperlichen Sache ablehnt, sucht er diesen Nießbrauch als eine eigentümliche Form unmittelbarer Mitberechtigung zu konstruieren, kraft deren der Nießbraucher auch Dritten gegenüber in gewisser Hinsicht als verfügungsberechtigt erscheint, die Verfügungsmacht des Hauptberechtigten gesperrt wird und in bestimmtem Umfange eine Art von Gemeinschaft entsteht. Diese überaus künstliche Auffassung zwingt ihn zu einer Reihe specieller Bestimmungen, welche namentlich die Aufgabe haben, eine „dingliche" Wirkung des Nießbrauches nicht bloß an absoluten Rechten, sondern auch an Forderungsrechten herzustellen[1]). Den inneren Widerspruch seiner Konstruktion vermag er freilich hierdurch nicht zu überwinden. Denn wenn wir dasselbe „Recht", welches als Gegenstand des Nießbrauches bezeichnet wird, als eine zwischen dem Berechtigten und dem Nießbraucher geteilte Herrschaft vorstellen sollen, so wird die gesetzlich vorgeschriebene Parallelisierung mit dem Sachnießbrauch, bei welchem doch die als Objekt gesetzte „Sache" und das in „Eigentum" und „Nießbrauch" gespaltene „Recht" an der Sache scharf geschieden werden, ewig unvollziehbar sein[2]). Gemeinsame Regeln für alle Fälle des Rechtsnießbrauches stellt der Entwurf hinsichtlich der Begründung, Übertragung und Beendigung eines derartigen Rechtes und der Wirksamkeit solcher Vorgänge gegen Dritte auf (§§ 1022—1026). Hierbei geht er von dem Gesichtspunkt aus, daß die Belastung mit einem Nießbrauch als Einräumung einer unmittelbaren Mitberechtigung eine partielle Veräußerung ist. Er bringt daher die nur in einigen Punkten (z. B. durch Wegfall des Erfordernisses der Löschung für die Beendigung des eingetragenen Nießbrauches an einem eingetragenen Recht) modifizierten Sätze, welche für den Übergang und die Aufhebung des belasteten Rechtes selbst gelten, zur Anwendung. Unter den Sonderbestimmungen für einzelne Arten des Rechtsnießbrauches soll die hinsichtlich der Fassung schon oben S. 46 bis 47 besprochene Vorschrift des § 1027 über den Nießbrauch an Leibrenten und ähnlichen zeitlich begrenzten Bezugsrechten lediglich verhüten, daß aus der im übrigen offengelassenen Verneinung der Frage nach dem Vorhandensein eines einheitlichen Gesamtrechts verkehrte Folgerungen gezogen werden (Motive S. 542). Alle anderen Sonderbestimmungen beziehen sich auf den Forderungsnießbrauch[3]). Derselbe

[1]) Vgl. insbes. § 1024 und dazu Cosack S. 63.

[2]) Gegen die Konstruktion des Entwurfes vgl. auch Fuchs a. a. O. S. 90 bis 91. — Vgl. auch L. Goldschmidt S. 147.

[3]) Über die Einzelheiten vgl. Cosack S. 64—66.

soll das Recht und die Pflicht zur Einziehung der Forderung begründen und nach Erwirkung der Leistung in einen Nießbrauch an dem geleisteten Gegenstande umschlagen (§§ 1028 — 1029). Geht die Forderung auf Leistung verbrauchbarer Sachen, so soll nach Eintritt ihrer Fälligkeit das Recht des Nießbrauchers sich zu einem Recht auf Abtretung der Forderung steigern (§ 1030). Dagegen wird bei einer auf Zinsen ausstehenden Forderung die Verfügungsmacht nur dem Gläubiger und dem Nießbraucher gemeinschaftlich zugestanden und der Schuldner mit entsprechenden Verbindlichkeiten belastet (§ 1033—1034). Gleichgestellt wird der Nießbrauch an einer Grundschuld oder Eigentümerhypothek (§ 1036). Als Forderungsnießbrauch aber wird auch der Nießbrauch an einem Inhaberpapier behandelt (§§ 1036—1037). In Wahrheit ist der Nießbrauch an jedem Wertpapier ein eigentümlich gearteter Sachnießbrauch, der den Nießbrauch hinsichtlich des im Papier verkörperten Rechtes einschließt. Der Begriff des Forderungsnießbrauches ist unter allen Umständen unanwendbar auf die ausdrücklich miterwähnten Inhaberaktien, wie die Motive selbst unter Hinweis auf das von ihnen seltsamerweise als „dingliche Rechtsposition" bezeichnete Stimmrecht zugeben (S. 556). Der Entwurf bedarf jedoch der Kategorie des Forderungsnießbrauches, um das Prinzip der Vergemeinschaftung der Verfügungsmacht durchzuführen, das hier in höchst bedenklicher Weise durch ein Recht auf „gemeinschaftliche Inhabung" verstärkt wird. Indem diese gemeinschaftliche Inhabung mangels anderweiter Vereinbarung durch eine eigentümlich verklausulierte Hinterlegung bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle verwirklicht werden soll, wird ein umständlicher und auf gegenseitiges Mißtrauen gegründeter Apparat in Bewegung gesetzt, der doch nur dann gerechtfertigt ist, wenn die hier wie überall dem Nießbraucher gebührende Inhabung infolge eines ungehörigen Verhaltens desselben den Eigentümer gefährdet[1]).

Durchaus unbefriedigend sind die Vorschriften des Entwurfes über den „Nießbrauch an einem Vermögen" (§§ 1038—1043). Denn

[1]) Einwendungen von zum Teil anderer Art bei Cosack S. 66—68. Die Fassung der §§ 1036—1037 giebt zu erheblichen Zweifeln Anlaß. Nach der oben angenommenen Auslegung betrachtet der Entwurf die Hinterlegung für beide als eine Form der gemeinschaftlichen Inhabung. Cosack versteht den Entwurf anders und meint daher, nach § 1037 könne die gemeinsame private Hinterlegung einen Nießbrauch gar nicht hervorbringen. — Wesentlich einverstanden mit dem Entwurf ist Koch S. 46—47; er verlangt Ausdehnung auf alle Wertpapiere, Aufnahme der Reichsbank als geeigneter Treuhänderin und Erweiterung der Möglichkeit einer Verfügung über das Depot nach Analogie des § 772.

einerseits führt der Entwurf hier sein atomistisches Prinzip durch, kraft dessen ein solcher Nießbrauch lediglich als Nießbrauch an den einzelnen Vermögensgegenständen gilt. Er modifiziert dasselbe nur durch Zulassung einer zusammenfassenden Rechtsübertragung bei der Begründung, durch die Einräumung einer Liquidationsbefugnis an den Besteller des Nießbrauchs, durch Verteilung der Zinslasten und anderer aus dem Vermögen zu entrichtenden wiederkehrenden Leistungen nach dem Zeitverhältnis und durch den Anspruch des Eigentümers auf öffentliche Aufnahme des Vermögensverzeichnisses. Dagegen sollen hinsichtlich der einzelnen Sachen, Rechte, Forderungen, Wertpapiere u. s. w. alle die ungleichartigen und verwickelten Sonderbestimmungen des Entwurfes, also z. B. auch betreffs der Vergemeinschaftung der Verfügungsmacht über Forderungen und der gemeinschaftlichen Innhabung von Inhaberpapieren, Anwendung finden, woraus sich ein geradezu unerträglicher Zustand ergeben müßte[1]). Andrerseits stellt der Entwurf zwar auch hier dem Vermögen die Erbschaft und in beiden Fällen dem Ganzen die Quote gleich, beobachtet aber vollständiges Schweigen über den Nießbrauch an einem Sondervermögen und namentlich an einem Geschäftsvermögen. Die Motive entschuldigen diese Enthaltsamkeit mit der Schwierigkeit der Sache und mit der Verweisung auf die Auslegung des Parteiwillens (S. 559). Vom Standpunkte des Entwurfes aus, der den Begriff des Sondervermögens überhaupt nicht kennt, ist eine befriedigende Lösung der Frage nicht bloß schwierig, sondern unmöglich. Ob aber ein Gesetzbuch seine Aufgabe erfüllt, wenn es solchen in den Pandektenlehrbüchern nicht behandelten Materien von erheblicher praktischer Wichtigkeit aus dem Wege geht, läßt sich mit Fug bezweifeln.

Das schlimmste ist, daß diese romanistische Ordnung des ususfructus zugleich die Grundlage bildet, auf welche der Entwurf im Familienrecht alle aus ehelicher oder häuslicher Gemeinschaft entspringenden Nutzungs- und Leibzuchtrechte stellt[2]). Hierauf kommen wir später zurück.

Im dritten Titel läßt der Entwurf als „beschränkte persönliche Dienstbarkeiten" Personalservituten an Grundstücken mit dem Inhalt einer Grunddienstbarkeit zu (§ 1044), regelt dieselben nach Vorausſendung einiger allgemeiner Sätze (§§ 1045—1047) durch Verweisung auf eine Reihe teils dem Recht der Grunddienstbarkeiten und teils dem Recht des Nießbrauchs angehöriger Paragraphen (§§ 1048—1049) und fügt be-

[1]) Vgl. Cosack S. 68, der unmittelbare Schuldenhaftung des Nießbrauchers in Höhe des Nießbrauchsvermögens, dafür aber auch die Berechtigung desselben zur Veräußerung des für die Schuldentilgung Erforderlichen verlangt.

[2]) Im Leben spielt ja ohnehin nur der gesetzliche und testamentarische Nießbrauch eine Rolle; vgl. Jhering, Besitzwille S. 140.

sondere Bestimmungen für das in Gestalt einer derartigen Personalservitut begründete Wohnungsrecht hinzu (§ 1050)[1]. Wie der Augenschein lehrt und die Motive bestätigen, sind es die römischrechtlichen Institute des usus und der habitatio, welche dem Entwurfe bei der Aufnahme dieses Titels vorgeschwebt haben. Die zahlreichen dinglichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte deutscher Herkunft, welchen selbst die mißgünstigste ältere Doktrin durch Umdeutungen des römischen Servitutenrechts das Leben gefristet, die neuere Praxis durch die Annahme, daß der Kreis der dinglichen Rechte heute kein geschlossener ist, einen gesicherten Bestand verschafft hat, finden keine Beachtung. Zum Teil würden sie trotzdem im Rahmen der zugelassenen Abweichungen vom normalen Typus notdürftig unterkommen. So wird die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur auf seiten der Last, nicht aber auf seiten der Berechtigung für unteilbar erklärt (§ 1045). Ferner soll für ihren Umfang zwar an sich das persönliche Bedürfnis des Berechtigten maßgebend sein, jedoch durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes bestimmt werden können (§ 1046). Weiter wird eine gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Abänderung der Regel verstattet, nach welcher eine derartige Dienstbarkeit unveräußerlich und auch der Ausübung nach unübertragbar ist (§ 1047). Endlich soll insbesondere die einer juristischen Person zustehende Dienstbarkeit wenigstens insoweit, als sie nicht „über den zulässigen Inhalt einer Grunddienstbarkeit hinausgeht", über 100 Jahre bestehen können (§ 1049). Dagegen wird unbedingt daran festgehalten, daß jede Personalservitut mit dem Wegfall der erstberechtigten Person erlischt. Wohin fallen nun z. B. die vom Hofe trennbaren und deshalb nach § 974 als Grunddienstbarkeiten unzulässigen Nutzungsrechte am Gemeinlande? Wohin die zu veräußerlichen und vererblichen Gerechtsamen entwickelten Nutzungsrechte in manchen Agrargenossenschaften? Wohin alle mit der Innhabung eines bestimmten Amtes (z. B. als Dorfschullehrer), mit der Zugehörigkeit zu einer Personenklasse, mit irgend einer sonstigen Zustandseigenschaft verknüpften Gebrauchs- und Nutzungsrechte, falls es nicht gelingt, entweder ein Grundstück oder einen mit juristischer Persönlichkeit bekleideten Verband als ihren Träger zu ermitteln? Dazu kommt, daß gerade hier schon mit der Durchführung des Eintragungszwanges und dem Ausschluß der Ersitzung der Fortbestand einer Fülle lebendiger Rechtsgebilde thatsächlich abgeschnitten würde.

Der achte Abschnitt handelt von „Reallasten"[2]. Wir haben bereits

---

[1]) Vgl. Krech S. 105—106; er tadelt nur die Form der §§ 1048 u. 1050.
[2]) Vgl. Krech S. 106—109; Fuchs a. a. O. S. 48—51.

davon gesprochen, mit welcher Ängstlichkeit der Entwurf hier jede Stellungnahme zu allen Fragen von lebendiger Wirklichkeit vermeidet. Hinsichtlich des Umfanges, in welchem Reallasten überhaupt als möglich anerkannt, bestehende Reallasten der Ablösung unterworfen, neue Reallasten nur mit dem Vorbehalt der Ablösbarkeit oder mit sonstigen inhaltlichen Beschränkungen zugelassen werden, soll der gegenwärtige Rechtszustand in seiner bunten Mannigfaltigkeit vollkommen unberührt und die Souveränität der Landesgesetzgebung auch für die Zukunft unangetastet bleiben. Keine einzige besondere Gattung der Reallasten wird auch nur genannt, geschweige denn in ihrer Eigenart gewürdigt und mit eigentümlichen Rechtssätzen bedacht. Selbst die Bestrebungen auf Wiederbelebung des Rentenkaufes dürfen, um die Kodifikation nicht mit schwierigen „wirtschaftlichen Fragen" zu belasten (Motive S. 579), in das Gesichtsfeld des deutschen Gesetzbuches nicht eintreten: sie werden zwar zum Glück nicht erstickt, aber ebensowenig durch Aufstellung einer ausreichenden Ordnung für dingliche Renten gefördert. Und doch hätte der Entwurf selbst dann, wenn er bei der seltsamen Auffassung seines Berufes als einer rein technisch juristischen Aufgabe verharren wollte, sich unschwer durch die Ausgestaltung eines zu freier Benutzung oder Ablehnung dargebotenen Instituts unkündbarer Bodenrenten ein großes Verdienst erwerben können! So beschränkt sich denn die vorgeschlagene Rechtseinheit hier auf ein dürftiges und farbloses Schema abstrakter Sätze, denen das Partikularrecht nach Belieben jede Bedeutung entziehen oder wirkliches Leben einflößen kann, die aber selbst nur eine Schale ohne Kern geben. Bei dem Geiste des künftigen gemeinen Rechtes würde dies in mancher Hinsicht vielleicht der Erhaltung und Fortbildung nationaler Rechtsgedanken zu gute kommen. Doch wird auch hier von vornherein der Strom des Lebens durch die formalistische und doktrinäre Schablone, in welche sich jede Reallast einfügen muß, gewaltsam verengt und gehemmt. Schon die Unterwerfung unter die allgemeinen immobiliarsachenrechtlichen Prinzipien des Entwurfes würde gerade die Reallasten vielfach schädigen: der unterschiedslose Eintragungszwang, der nur durch Gestattung einer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemildert wird (§ 1054); die Anwendung der starren Regeln über Begründung, Übertragung und Aufhebung (§ 1061) eingetragener Rechte; die Abschaffung des Rechtsbesitzes, die hier nicht wie bei den Dienstbarkeiten ein Rest von quasipossessorischem Schutz ermäßigt. In noch höherem Maße aber würden die deutschrechtlichen Gebilde unter den hinzugefügten Sonderbestimmungen über Reallasten zu leiden haben. Denn der Entwurf kann von seinem romanistischen Gedankenkreise her dem Wesen der Reallasten unmöglich

gerecht werden[1]). Er beginnt in § 1051 mit einer schwerfälligen Legaldefinition, nach welcher durch die Reallast das Grundstück in der Weise belastet ist, „daß der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstückes dem Berechtigten zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet ist und das belastete Grundstück dem Berechtigten für rückständige Leistungen nach Maßgabe der für rückständige Hypothekenzinsen geltenden Vorschriften haftet". Hier ist schon die Aufnahme der Verweisung auf Hypothekenzinsen in die Begriffsbestimmung ungehörig und geschmacklos. Es ist ferner verkehrt, daß nicht gleich der Inhalt der wiederkehrenden Leistungen als ein „Thun" bezeichnet, sondern in einem eigenen Paragraphen (1052) hinzugesetzt wird, die Leistungen könnten „nicht in einem Unterlassen bestehen". Vor allem aber wird durch gesetzgeberischen Machtspruch eine ungesunde theoretische Konstruktion erzwungen, nach welcher bei der Reallast ein persönliches Schuldverhältnis des jeweiligen Eigentümers und eine accessorische Haftung des Grundstückes für Rückstände nebeneinander begründet sind. Der Entwurf kann freilich bei seiner Auffassung der Sache und des dinglichen Rechtes zu einem einheitlichen Begriff der Reallast nicht gelangen. Insbesondere vermag er, da er von einem Grundvermögen nichts weiß, die Reallast nicht als Grundvermögenslast (Realobligation) zu denken. Zum mindesten aber hätte er dann schweigen und nicht durch Legalisierung eines erkünstelten Theorems die Zukunftsjurisprudenz in dogmatische Fesseln schlagen sollen! Freilich zieht er aus seiner Definition auch eine praktische Folgerung, indem er dem Eigentümer eine persönliche und durch Beendigung seines Eigentums nicht erlöschende Haftung für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auferlegt (§ 1056 Abs. 1). Allein diese Bestimmung ist an sich auch mit einer einheitlichen Struktur der Reallast als einer dinglichen Last, deren dingliche Teilverbindlichkeiten im Augenblick der Fälligkeit den Träger des belasteten Grundvermögens zugleich persönlich verstricken, sehr wohl vereinbar. Sie ist aber mindestens als ausnahmslose und unabänderliche Regel auch praktisch verfehlt. Insbesondere würde sie einer gedeihlichen Entwicklung des Renteninstitutes im Wege stehen, bei welchem vielmehr in Anknüpfung an die Grundsätze des Rentenkaufes eine lediglich dingliche Haftung für die fälligen Renten genausogut durchgeführt werden muß, wie sie für fällige Grundschuld-

[1]) Vgl. auch Fuchs a. a. O. — Dagegen billigt Krech S. 107—108 die Konstruktion des Entwurfes und will nur für den Fall der Herrenlosigkeit des Grundstücks, in welchem nach dem Entwurf der Berechtigte rechtlos dasteht, eine Abhülfe schaffen.

zinsen im Entwurfe selbst statuiert wird[1]). Der Entwurf schließt ferner jede Belastung eines Bruchteils des Grundstücks mit einer Reallast aus, während wieder nicht einzusehen ist, warum ein Miteigentumsanteil, der mit einer Grundschuld belastet werden kann, nicht auch eine dingliche Rente zu tragen im stande sein soll. Die persönliche Haftung der Miteigentümer eines belasteten Grundstücks oder der Eigentümer mehrerer mit derselben Reallast beschwerten Grundstücke soll im Zweifel nur eine anteilige sein (Motive S. 588), im Falle der Teilung des belasteten Grundstückes aber sollen die Teileigentümer (vorbehaltlich landesgesetzlicher Erleichterungen) als Gesamtschuldner haften (§ 1056 Abs. 2). Eingehend wird im Sinne möglichster Vermeidung einer Gemeinschaft das Schicksal der mit dem Eigentum an einem Grundstück verbundenen Reallastberechtigung bei der Teilung des berechtigenden Grundstückes geregelt (§ 1058). Die subjektiv-dingliche Reallast soll niemals von dem berechtigenden Grundstück getrennt oder ohne dasselbe belastet, die subjektiv persönliche Reallast zwar im Zweifel veräußert oder belastet, niemals aber mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden werden können, so daß jede Umwandlung einer Reallast der einen Gattung in eine Reallast der anderen Gattung schlechthin ausgeschlossen ist (§§ 1057 und 1059). Hinsichtlich der Übertragung, Belastung und Aufhebung des Anspruches auf eine rückständige Leistung wird auf die Vorschriften für Hypothekenzinsen verwiesen (§ 1060). Die dingliche Klage des Reallastberechtigten soll sich nach der Analogie des negatorischen Eigentumsanspruches richten (§ 1055).

Nahezu die Hälfte des Sachenrechts füllt der neunte Abschnitt: „Pfandrecht und Grundschuld".

Zunächst wird in zwei Titeln, welche „Pfandrecht an Grundstücken (Hypothek)" und „Grundschuld" überschrieben sind, das Recht des Immobiliarkredits erledigt[2]). Im ganzen folgt der Entwurf hier der neuesten preußischen Rechtsentwicklung. Er steht daher auf einer gesunden Grundlage und würde für manche deutsche Rechtsgebiete einen großen Fortschritt bedeuten[3]). Allein er leidet nicht nur hier wie überall

[1]) Wir können uns hierfür einfach auf die Motive zu § 1142 S. 791 berufen, die freilich zugleich zeigen, wie wenig ernst es dem Entwurfe mit der Offenhaltung der Bodenrente ist.

[2]) Vgl. Bähr S. 518—529; Opitz S. 33—34; Scholler, Gutachten S. 359—371 u. 375; G. Rudolph, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 179—212; v. Meibom ebenda S. 337—386; Krech S. 109—142. In formeller Hinsicht auch L. Goldschmidt S. 148—152.

[3]) Den größten für die Gebiete des rheinisch-französischen Rechts, wie Scholler a. a. O. näher ausführt.

an den durchgehenden Mängeln seiner gedanklichen und sprachlichen Fassung, sondern bringt auch mit seinen sehr erheblichen materiellen Abweichungen von dem preußischen Vorbilde nur wenige zweifellose Verbesserungen, wohl aber eine Reihe bedenklicher Neuerungen. Mit schöpferischem Geiste ein nationales Zukunftsrecht zu schaffen hat er auch hier nicht verstanden[1]).

Man kann zuvörderst bezweifeln, ob es wirklich nötig war, vier verschiedene Grundformen der Verschuldung von Liegenschaften nebst einer Anzahl von Unterformen aufzustellen. Der Entwurf unterscheidet die accessorische „Hypothek" und die selbständige „Grundschuld", um sodann die Hypothek wiederum in die drei Institute der „Hypothek ohne Hypothekenbrief", der „Hypothek mit Hypothekenbrief" und der „Sicherungshypothek" zu spalten. „Buchhypothek" und „Briefhypothek" (wie sie kürzer benannt werden können) sind beide als Verkehrsgegenstände gedacht, weshalb bei ihnen die accessorische Natur durch das Prinzip des öffentlichen Glaubens gebrochen und sogar die Eigentümerhypothek anerkannt wird. Sie unterscheiden sich dadurch, daß dort lediglich das Grundbuch, hier ein Hypothekenbrief Träger der Berechtigung und Vermittler des Verkehrs ist. Die „Sicherungshypothek" ist nicht verkehrsfähig und wahrt den rein accessorischen Charakter; Unterarten derselben sind die Kautionshypothek, die Zwangshypothek und die Arresthypothek. Von diesem Formenreichtum ließe sich die Buchhypothek entbehren. Soweit das Bedürfnis einer verkehrsfähigen Hypothek besteht, wird dasselbe durch die Briefhypothek besser und vollständiger befriedigt. Indes ist an sich nicht allzuviel dagegen einzuwenden, wenn der Entwurf verschiedenartige Formen zur Auswahl bietet. Die Anschauungen und Gewohnheiten in den verschiedenen Teilen Deutschlands sind so ungleichartig, daß jede Uniformierung als Gewaltthat empfunden werden würde. Unzweckmäßig aber ist jedenfalls die Erhebung der Buchhypothek zur Normalform. Denn einerseits wird, sobald in der That ein Hypothekendokument nicht in Aussicht genommen ist, im größten Teile Deutschlands regelmäßig auch ein verkehrsfähiges Formalrecht nicht gewollt sein. Vielmehr wird dann die einfache Sicherungshypothek dem angestrebten Zweck genügen. Sie wäre daher voranzustellen. Andrerseits wird behufs Schaffung von Verkehrsgegenständen die bloße Buchhypothek nur selten ins Auge gefaßt werden und überall, wo bisher Hypothekenbriefe im Schwange sind, sich kaum jemals einbürgern. Es

[1]) Opitz S. 33—35 findet in den Motiven wie im Text einseitig die Interessen des darleihenden Kapitalisten berücksichtigt; Leichtigkeit der Verschuldung, möglichste Ausdehnung der Haftung und Sicherheit und Bequemlichkeit der Beitreibung seien die allein maßgebenden Gesichtspunkte; in „manchesterlicher Weise" sei alles in das „Spiel der freien Kräfte" gestellt.

ist daher nicht zu billigen, daß auch dann, wenn nicht eine bloße Sicherungshypothek begründet werden soll, stets ein besonderer Antrag auf Ausfertigung eines Hypothekenbriefes und die Eintragung dieser Ausfertigung in das Grundbuch gefordert wird. Die Zulassung des Verzichtes auf den Hypothekenbrief nach dem Muster des geltenden preußischen Rechts würde genügen[1]).

Neben diesen gemeinrechtlichen Formen will der Entwurf als partikularrechtliches Institut die Revenuenhypothek insoweit zulassen, als bei Hausgütern, Familienfideikommissen, Lehen und Stammgütern die Belastung der Substanz des Grundstückes ausgeschlossen oder beschränkt ist (E.G. Art. 36). Warum er nicht allgemein eine nur die Nutzungen ergreifende Grundverschuldung frei giebt, ist schwer einzusehen. Die Motive (S. 634) führen hauptsächlich doktrinäre Gründe an und fürchten überdies erhebliche Verwicklungen bei der Verteilung des Versteigerungserlöses, falls etwa hinter der Revenuenhypothek noch Substanzhypotheken auf dem Grundstück haften. Wenn aber mit dem Einführungsgesetz das Wesen der Revenuenhypothek lediglich darin gefunden wird, daß bei einer Hypothek oder Grundschuld „der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück nur im Wege der Zwangsverwaltung verlangen kann", so muß diese Einschränkung des Gläubigerrechts von selbst ihre Bedeutung verlieren, sobald es dennoch kraft eines stärkeren Gläubigerrechts zur Zwangsversteigerung kommt[2]).

Völlig beseitigt der Entwurf das Besitzpfand an Grundstücken. Dasselbe wird kaum vermißt werden[3]).

Dagegen ist es ein schwerer Fehler, daß der Entwurf nicht neben der dinglichen Kapitalschuld die dingliche Rentenschuld als ebenbürtiges Institut aufgenommen und normiert hat. Denn wenn die Motive (S. 631) über diese Lücke mit dem Hinweis darauf trösten, daß

[1]) Bähr S. 525 ff. will die Buchhypothek beseitigen, die Sicherungshypothek zur Normalform erheben. Opitz S. 36—40 will nicht nur die Grundschuld ganz streichen, sondern auch die Briefhypothek nebst der Eigentümerhypothek abschaffen. v. Meibom S. 339—364 will sowohl die Unterscheidung von Hypothek und Grundschuld wie die Spaltung der Hypothek in Buchhypothek und Briefhypothek beibehalten, jedoch die Sicherungshypothek streichen und zum Ersatz nur bei der Buchhypothek eine Bestimmung über die Kautionshypothek einschalten. Kreck S. 112—116 verteidigt den Entwurf in allen Stücken; ein etwaiger Vorbehalt für das Landesrecht, die eine oder die andere Form auszuschließen, scheint ihm mit der Rechtseinheit unverträglich.

[2]) v. Meibom S. 377—388 billigt den Ausschluß der Revenuenhypothek, wünscht aber ein ausdrückliches Verbot derselben im Gesetzbuch.

[3]) Vgl. v. Meibom S. 380—382.

ja durch die Vorschriften über Reallasten die Eintragung einer für den Gläubiger unkündbaren Geldrente offengehalten sei, so haben wir schon gesehen, wie wenig von jenen dürftigen und farblosen Sätzen die dringend erwünschte Neubelebung des deutschen Rentenkaufes in verjüngter Gestalt zu erhoffen wäre! Ist doch nicht einmal für eine gehörige Verkörperung solcher Rentenrechte in Rentenbriefen gesorgt. Eine unverbriefte Rente aber wird schon ihrer Schwerfälligkeit wegen mit der Briefhypothek und Grundschuld niemals konkurrieren können.

Durch das ganze Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfes zieht sich von vornherein eine verfehlte begriffliche Auffassung, die nicht bloß den Einzelbestimmungen zu Grunde liegt, sondern durch die Legaldefinitionen der §§ 1062 und 1135 feierlich sanktioniert wird. Wollen wir den Thatsachen und den Anschauungen des Lebens gerecht werden und nicht hergebrachten romanistischen Dogmen zuliebe die Wirklichkeit umdichten, so müssen wir die moderne Hypothek und Grundschuld als dingliche Schuld (Realobligation) denken. Wir können die Hypothek nicht in eine rein persönliche Obligation und eine hinzutretende dingliche Last auseinanderreißen, sondern müssen in ihr ein einheitliches Schuldverhältnis erblicken, durch welches gleichzeitig ein Schuldner persönlich verstrickt und ein Grundvermögen als solches in besonderer Weise ergriffen wird. Daß beide Seiten auseinanderfallen können, sobald der persönliche Schuldner nicht zugleich Eigentümer des Grundvermögens ist, steht der Identität des Inhaltes von persönlicher und dinglicher Schuld sowenig entgegen, wie überhaupt eine mehrfache Haftung für dieselbe Schuld ausgeschlossen ist. Wir können andrerseits die Grundschuld unmöglich als eine dingliche Last ohne jedes Schuldverhältnis, sondern eben nur, wie ihr Name schon sagt, als eine rein dingliche Schuld vorstellen. Hypothek und Grundschuld fallen also unter den gemeinschaftlichen Begriff der dinglichen Schuld und unterscheiden sich nur durch das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer gleichzeitigen persönlichen Verbindlichkeit[1]). Eine derartige Auffassung aber, so einfach sie zu sein scheint, ist mit dem Gedankensystem des Entwurfes unvereinbar. Sie scheitert an dem unvermittelten Gegensatz von Sachenrecht und Obligationenrecht, an dem grobsinnlichen Sachbegriff, von dem aus die Idee eines in sich geschlossenen Grundvermögens unerreichbar ist, an dem lediglich auf die Person gestellten Schuldbegriff, der die Verknüpfung einer Schuld mit einem Sondervermögen als eines darin enthaltenen

[1]) In ganz ähnlichem Sinne äußert sich Bähr S. 518 ff.; vgl. auch Fischer S. 91—94.

Passivbestandteiles verwehrt. Ebensowenig vermag der Entwurf etwa den richtigen Kern derjenigen Theorieen sich anzueignen, welche Hypothek und Grundschuld als Wertrechte zu konstruieren und auf diesem Wege aus den dogmatischen Fesseln einer zu engen Doktrin zu befreien suchen. Was aber wird nun unter seinen Händen aus der dinglichen Schuld? Zunächst erscheinen Hypothek und Grundschuld als zwei vollkommen ungleichartige Institute, deren Behandlung in demselben Abschnitt von den Motiven besonders entschuldigt werden muß. Und doch soll auch die Hypothek unter Umständen ohne persönliches Schuldverhältnis fortbestehen können, die Eigentümerhypothek gleich der Eigentümergrundschuld möglich sein und die an einen Dritten abgetretene Eigentümerhypothek genau so selbständig wie eine Grundschuld zu leben vermögen! Sodann wird die Hypothek als eine Belastung des Grundstücks definiert, kraft welcher „eine bestimmte Person berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstücke zu verlangen" (§ 1062). Die Hypothek als solche begründet also kein Schuldverhältnis, sondern lediglich eine accessorische Haftung der Sache als Exekutionsobjekt. Ihr Inhalt erschöpft sich in dem Anspruch des Gläubigers, „daß die Forderung, soweit sie fällig geworden, aus dem belasteten Grundstücke und den mithaftenden Gegenständen im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung beigetrieben werde" (§ 1075). Der Grundeigentümer als solcher ist, sofern er nicht zugleich persönlich schuldet, zur Zahlung nicht verpflichtet; er ist „nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, um dessen Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke abzuwenden"; wenn er der Lebensanschauung als „Schuldner" gilt, so braucht sich der Gesetzgeber um solche laienhaften Vorurteile nicht zu kümmern (Motive S. 676)[1]. Natürlich bedarf es nun für die Eigentümerhypothek einer neuen Definition, welche dahin lautet, daß hier „der Berechtigte verlangen kann, daß für ihn eine dem Betrage der Forderung gleichkommende Geldsumme aus dem belasteten Grundstücke und den mithaftenden Gegenständen im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung beigetrieben werde" (§ 1098 Abs. 1). Diese Begriffsbestimmung bleibt auch für die übertragene Eigentümerhypothek maßgebend, da eine „Forderung" durch ihre Übertragung nicht von neuem entsteht (§ 1100 Abs. 2). In einer Reihe von Beziehungen wird jedoch die Eigentümerhypothek

[1] Gegen die §§ 1062 und 1075 vgl. auch H. Rudolph a. a. O. S. 179—212, dessen eigene Ausführungen und Vorschläge freilich von dem hier vertretenen Standpunkt weit abweichen. Vgl. auch Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit S. 55—57.

behandelt, als sei mit ihr eine „Forderung" verbunden (§§ 1098 Abs. 2 und 1100 Abs. 1). Die Grundschuld endlich ist von vornherein nichts weiter als das Recht einer bestimmten Person, „zu verlangen, daß für sie eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung beigetrieben werde" (§ 1135). Hier giebt es begriffsmäßig zwar einen „Grundschuld gläubiger", aber keine „Forderung"; es giebt umgekehrt zwar eine „Grund schuld", aber keinen „Schuldner"! Der Grundschuldgläubiger hat nichts zu fordern, kann jedoch, wenn nicht gezahlt wird, eine Zwangsvollstreckung veranlassen! Der Eigentümer des Grundstücks ist nichts schuldig, sondern hat nur das „Recht", die drohende Exekution durch Zahlung abzuwenden! Doch wird die Grundschuld hinsichtlich der Kündbarkeit und Fälligkeit behandelt, als bestünde eine „Forderung" (§ 1139). Der Grundeigentümer ferner wird hinsichtlich der Verzugsfolgen als Schuldner fingiert: „Der Grundschuldgläubiger kann nach Maßgabe des § 1135 von der Grundschuldsumme Verzugszinsen verlangen, wenn gegenüber dem Eigentümer des belasteten Grundstückes die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen ein Schuldner in Verzug kommen würde" (§ 1140). Auch bezüglich rückständiger Grundschuldzinsen wird „unterstellt", der Eigentümer „schulde" sie dem Gläubiger (Motive S. 791)[1]. Die Motive scheinen eine derartige Lösung der „Schwierigkeiten, welchen die juristische Konstruktion der Grundschuld begegnen mag" selbst nicht für befriedigend zu erachten; sie bezeichnen die Abhülfe als „Aufgabe der Wissenschaft" (S. 610). Aber warum läßt man dann nicht freie Bahn? Wie soll die Theorie mit einer so gebundenen Marschroute zu einem glücklichen Ziel gelangen? Was in aller Welt hätte es geschadet, wenn der Entwurf einfach von der Belastung eines Grundstücks mit einer „Forderung" oder „Schuld" und von der Verknüpfung oder Nichtverknüpfung dieser Grundstücksbelastung mit einer persönlichen Verbindlichkeit gesprochen hätte? Dem deutschen Volke wird man die dafür beliebten doktrinären Verkünstelungen alltäglicher Rechtsbegriffe niemals verständlich machen. Die deutsche Jurisprudenz aber muß verkümmern und erstarren, wenn das Gesetzbuch sich zum Lehrbuch aufwirft und ungesunde Dogmen in Paragraphenform gießt[2].

[1]) Gegen diese Konstruktion der Grundschuld, die Zwangsvollstreckung ohne zu Grunde liegendes Recht, den Mangel einer Zinszahlungspflicht u. s. w., vgl. auch Fuchs a. a. O. S. 53—58. Doch verlangt er unrichtig eine völlig verschiedene Behandlung von Hypothek und Grundschuld.

[2]) Seltsam ist der Standpunkt v. Meiboms S. 338—339 u. 375—382: er hält den Gedanken der Realobligation für richtig und natürlich und meint,

Daß der Entwurf bei der Hypothek und Grundschuld das **Eintragungsprinzip** unbedingt durchführt und weder richterliche noch gesetzliche Hypotheken anerkennt, bedarf keiner Rechtfertigung. Wenn er aber auch alle gesetzlichen Pfandtitel mit einziger Ausnahme der im Einführungsgesetz (Art. 47) vorbehaltenen landesrechtlichen Pfandtitel des Fiskus oder einer anderen juristischen Person abschafft, so verfährt er hier wiederum mit unbilligem Radikalismus. Denn jedenfalls muß dem Werkmeister der bisher ihm in fast ganz Deutschland zustehende Pfandanspruch an das Grundstück, auf welchem er ein unbewegliches Werk hergestellt hat, nebst einem Vorzugsrecht im Konkurse hinsichtlich des Werkes selbst erhalten bleiben[1]). Und ob nicht der Ehefrau nach Beseitigung ihrer Legalhypothek ein gesetzlicher Pfandtitel am Grundbesitz des Mannes gebührt, ist ernster Erwägung wert.

Im einzelnen ordnet der Entwurf in erster Linie das Recht der **Buchhypothek** (§§ 1062—1105), um bei den übrigen Formen der Grundverschuldung lediglich die Abweichungen hervorzuheben. Er läßt eine Hypothek nur „wegen einer bestimmten Geldforderung", jedoch auch wegen einer künftigen oder bedingten Forderung zu (§ 1062). Belastet werden kann auch ein Miteigentumsanteil, im übrigen kein Bruchteil (§ 1063)[2]). Die Haftung erstreckt sich auf das Kapital und die eingetragenen Zinsen sowie überdies auf die gesetzlichen Zinsen und die Kosten der Kündigung und Beitreibung (§§ 1064—1066)[3]). Sie ergreift das Grundstück nebst Früchten und Zubehör, insbesondere auch aus-

---

dem „Laienverstande" werde die Auffassung des Entwurfes niemals begreiflich zu machen sein; dennoch will er sich bei dieser beruhigen, weil sie auf das römische Recht zurückführe und den Juristen geläufiger sei; dann aber seien die §§ 1062, 1075, 1098, 1135 u. s. w. „folgerichtig" und nur in einzelnen Punkten zur Vermeidung unerträglicher Konsequenzen verbesserungsbedürftig. — **Krech** S. 110 Anm. 3 tritt ebenfalls für die auf römischem Recht beruhende Konstruktion des Entwurfes ein; auch bei der Grundschuld und Eigentümerhypothek billigt er die aus ihr gezogenen Folgerungen (S. 112 u. 134 ff.); immerhin hält er hier die Behandlung der „Zinsen", obwohl er dieselben nur als „Entgelt für die Unterlassung der Beitreibung der Geldsumme aus dem Grundstück" betrachtet, für überkünstlich und will eine reallastartige Verpflichtung zur Zinszahlung statuieren (S. 139).

[1]) Vgl. den Antrag von **Hilse** in Verh. des 19. Juristentages Bd. 2 S. 450 bis 453 und die Gutachten von **Hilse** und **Staub** für den 20 Juristentag Bd. 1 S. 218—247 u. 248—257; **Hilse**, Arch. f. bürg. R. Bd. 2 S. 73—80; **Fuchs** a. a. O. S. 126—127.

[2]) Vgl. **Krech** S. 63.

[3]) Vgl. **Krech** S. 10 u. 117.

stehende Miets- und Pachtzinse und Versicherungsgelder (§§ 1067—1070); die Befreiung der Früchte und Zubehörstücke durch Entfernung vom Grundstück und die Erlöschung des Pfandnexus der mithaftenden Forderungen wird ausführlich geregelt; ausgenommen von der Haftung werden die einem Pächter während der Dauer seines Pachtbesitzes gebührenden Früchte, — ein der „juristischen Konsequenz“ widersprechendes geringfügiges Zugeständnis an die „Billigkeit“, das die Motive noch besonders entschuldigen zu müssen glauben (S. 655)[1]. Jeder Teil des belasteten Grundstücks, jeder „mitverhaftete Gegenstand“ und jedes von mehreren belasteten Grundstücken haftet für die ganze Forderung (§ 1071). Ausreichender Schutz wird dem Gläubiger bei drohender und bei eingetretener Verschlechterung des Grundstücks gewährt (§§ 1072—1074). Der Befriedigungsanspruch des Gläubigers wird auf den Weg der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung verwiesen (§ 1075); fällt durch Vereinigung Gläubigerrecht und Grundeigentum zusammen, so behält der Gläubiger das Recht auf Beitreibung der entsprechenden Summe, kann jedoch selbst die Zwangsvollstreckung nicht betreiben (§ 1076). Nichtig soll die lex commissoria und die Vereinbarung einer anderen Form des Pfandverkaufes, nichtig auch das Versprechen der Unterlassung der Veräußerung oder ferneren Belastung des Grundstücks sein (§ 1077). Bei der Korrealhypothek wird dem Gläubiger keinerlei Rücksichtnahme auf nachstehende Berechtigte auferlegt (§ 1078); die gegenteiligen Bestimmungen des geltenden Rechts sind nach den Motiven unvereinbar mit der juristischen Logik, und der Gedanke eines Gemeinschaftsverhältnisses unter den Gläubigern ist vollends unfaßbar (S. 685). Soweit die Fälligkeit der „Forderung“ von einer Kündigung abhängt, ist hinsichtlich der „Hypothek“ die Kündigung an den Grundeigentümer erforderlich und ausreichend, die Kündigung seitens des letzteren ebenfalls ausreichend und die Wirksamkeit einer Kündigung seitens des persönlichen Schuldners durch die Anzeige an den Eigentümer bedingt (§ 1079). Im Zusammenhange mit der Grundanschauung des Entwurfes wird dem Grundeigentümer als solchem, der ja ein „Schuldner“ nicht sein soll, ein besonderes „Recht“ der Befriedigung des Gläubigers eingeräumt (§ 1080). In weitem Umfange aber wird auch anderen Beteiligten ein Recht der Befriedigung gegen Abtretung der Forderung („jus offe-

---

[1] Vgl. v. Meibom S. 377—378; Krech S. 52—61 (er will dem Gläubiger gegen den verpachtenden Schuldner die Rechte aus § 1073 gewähren und die Früchte des Pächters eines Nießbrauches der Pfandhaftung unterwerfen); Opitz S. 41—42 (gegen Mithaftung des Inventars).

rendi") gewährt (§ 1081)[1]. Nach preußischem Vorbilde wird der öffentliche Glaube des Buches auch auf die „Forderung" erstreckt (§ 1083). In entsprechender Weise werden die Einreden gegen den Anspruch aus der „Hypothek" beschränkt (§ 1084)[2]. Doch kann zur Erhaltung von Einreden eine Vormerkung eingetragen werden; und bei der Darlehnshypothek wird in zweckmäßiger Wiederaufnahme des in Preußen beseitigten älteren Rechts dem Eigentümer die Befugnis erteilt, binnen dreißig Tagen ohne weiteres durch eine auf den Zeitpunkt der Eintragung zurückwirkende Vormerkung die Einrede der nicht empfangenen Valuta gegen jedermann zu sichern (§ 1085). Die Übertragung der Hypothek soll durch Umschreibung im Grundbuch erfolgen; zu diesem Behuf wird die Abtretung der „Forderung" den Regeln über die Übertragung dinglicher Rechte unterworfen, an den Übergang der „Forderung" zugleich der Übergang der „Hypothek" geknüpft, die Trennung von „Forderung" und „Hypothek" verboten, eine Reihe von Sätzen der Cessionslehre für unanwendbar erklärt und so künstlich ein Ergebnis erzielt, das unter Wahrung des Scheines zweier verschiedener Berechtigungen der Einheit des Gläubigerrechtes zum Durchbruch verhilft (§§ 1086—1089)[3]. Hinsichtlich der Übertragung des Anspruches auf rückständige Zinsen und nicht eingetragene Kosten bleiben die gewöhnlichen Regeln der Cession in Kraft (§ 1090). Das Erlöschen der Hypothek soll im Falle rechtsgeschäftlicher Aufhebung durch Vertrag (mithin nicht wie bei den übrigen dinglichen Rechten durch einseitige Willenserklärung) und Löschung im Grundbuch bewirkt werden; im übrigen soll dasselbe nicht von der Löschung abhängen und namentlich mit dem Untergange der Forderung von selbst eintreten; doch soll im Falle der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer, falls dieser nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, die Forderung nicht untergehen, sondern kraft Gesetzes mit der Hypothek auf den Eigentümer übertragen werden, so daß dieser nun ein Gläubiger ist, dem sein eignes Grundstück für seine Forderung haftet

[1]) Über die Befriedigung aus der Hypothek vgl. v. Meibom S. 375—382 (er schlägt nur einzelne Ergänzungen vor); Kreck S. 122—126 (er wünscht die Zulassung einer dinglichen Klage auf Befriedigung auch lediglich aus den mithaftenden Mobilien im Wege der Sonderzwangsvollstreckung); Rudolph S. 211 (er will den Befriedigungsanspruch des Gläubigers im Sinne eines Verkaufsrechtes umgestalten).

[2]) Vgl. v. Meibom S. 383 ff., Kreck S. 120 ff., auch Fischer S. 101 ff.

[3]) v. Meibom S. 342—346 will auch bei der Buchhypothek die Übertragung von der Umschreibung im Grundbuch unabhängig machen, daher insbesondere zur Abtretung nur einen gerichtlichen oder notariellen Vertrag fordern; den § 1089 will er ganz streichen. Gegen ihn Kreck S. 26 ff., 118, 120—122.

(„Hypothek des Eigentümers"); und wenn die Forderung durch Befriedigung seitens des zugleich persönlich verhafteten Eigentümers oder durch Vereinigung mit der Verbindlichkeit in der Person desselben erlischt, so soll die Hypothek dieses Schicksal nicht teilen, sondern als „Eigentümerhypothek" selbständig fortbestehen (§§ 1091—1097). Diese Eigentümerhypothek wird dann als eine eigentümliche Form eines rein dinglichen Rechtes ohne Forderung besonders normiert; für ihre Verzinsung, Kündigung und Zahlung, nicht minder aber für ihre Übertragung sollen die für die erloschene Forderung geltend gewesenen Bestimmungen maßgebend bleiben; im Falle der Übertragung wird mit ihr eine neue Forderung nicht verbunden, weshalb sie auch in der Hand des Dritten den nunmehr gänzlich unpassenden Namen „Eigentümerhypothek" fortführt (§§ 1098—1100)[1]. Durch das Institut der Eigentümerhypothek wird das Erlöschen der Hypothek und somit auch das Vorrücken der nachstehenden Gläubiger gehindert. Ist dagegen die Hypothek erloschen, so sollen mit Rechtsnotwendigkeit die nachstehenden Gläubiger vorrücken, es soll also dem Grundeigentümer niemals ein Recht an der frei gewordenen Stelle zustehen und die Eintragung einer anderen Hypothek an dieser Stelle unzulässig sein (§ 1102). Hiermit wird das in einem Teile Deutschlands in verschiedenen Formen durchgeführte und praktisch bewährte Institut des Stellenvorbehaltes beseitigt[2]. Die Motive können dessen Unvereinbarkeit mit den Prinzipien des Entwurfes unschwer darthun (S. 736 ff.). Aber ist denn die „Eigentümerhypothek", solange sie diesen Namen mit Recht trägt, etwas anderes als ein kunstvoll verhüllter Stellenvorbehalt? Alle Argumente, mit denen die Motive die Eigentümerhypothek rechtfertigen (S. 203), sind zugleich Argumente für den Stellenvorbehalt! Der Fortbestand der Hypothek im Sinne einer dinglichen Belastung des Grundstückes zu Gunsten seines Eigentümers ist doch eine bloße Fiktion. Was in Wahrheit fortbesteht, ist nur eine objektive Qualifikation des Grundvermögens, von welchem ein im Falle der Verwertung an bestimmter Stelle zu realisierender Teil ausgesondert bleibt und zur Verfügung des

[1] Wie wenig einleuchtend diese Behandlung ist, zeigt das Mißverständnis bei Scholler S. 365. — Eine Einschränkung in § 1098 hält v. Meibom S. 377 für nötig.

[2] Vgl. Seestern-Pauly, Der § 1102 der Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und die in Schleswig-Holstein, insbesondere in Altona, nach dem § 41 des Grundbuchgesetzes vom 27. Mai 1873 und dem früheren Recht zulässige Eintragung einer neuen Hypothek an Stelle der erloschenen. Kiel u. Leipzig 1888.

Eigentümers gehalten wird. Soll die Eigentümerhypothek mehr sein als eine technisch-juristische Form der Offenhaltung der Stelle, so ist sie ein in sich widerspruchsvolles Gebilde, durch dessen Anerkennung zwar der Schein der Unverbrüchlichkeit des Dogmas gerettet, die Jurisprudenz aber zu lügenhaften Konstruktionen genötigt wird. Einfacher und verständlicher wäre eine Rechtsordnung, welche geradezu ausspräche, daß trotz des Erlöschens einer dinglichen Schuld bis zu deren definitiver Löschung im Grundbuch die frei gewordene Stelle für den Eigentümer offenbleibt und von ihm neu verschuldet werden kann. Man mag immerhin als eine besondere Form der Wahrung des Rechtes an der offenen Stelle die „Eigentümerhypothek" zulassen. Allein man muß klarstellen, daß dieselbe nur auf der Anwendung jenes allgemeinen Prinzips beruht. Erweist sich dieses Prinzip als unvereinbar mit den im übrigen durchgeführten Prinzipien, so müssen diese eben aufgegeben werden. Ein für Jahrhunderte grundlegendes Gesetzbuch hat wahrlich nicht die Aufgabe, sich ängstlich an die „bisherigen" Schulbegriffe anzuklammern und die entstandenen Löcher mit allerhand Flickwerk zu stopfen. Es soll frei und selbständig die in der Entwicklung des Rechtsbewußtseins angelegten und aus der Sache selbst hervorspringenden Gedanken entfalten[1]). Das Institut des Stellenvorbehaltes wäre aber auch neben der Eigentümerhypothek des Entwurfes keineswegs, wie die Motive meinen (S. 204 und 737), überflüssig oder praktisch bedeutungslos. Dies zeigt sofort die in § 1104 beliebte Regelung des Aufgebotsverfahrens, durch welches der Eigentümer nach dreißig Jahren ein Ausschlußurteil gegen den unbekannten Gläubiger einer angeblich erloschenen und inzwischen nicht durch Anerkenntnis der Forderung als fortbestehend bezeugten Hypothek erwirken kann. Denn hierdurch soll nur das Erlöschen der Hypothek konstatiert und somit lediglich ihre Löschung, nicht ihr Erwerb seitens des Eigentümers ermöglicht werden. Warum will man denn hier den nachstehenden Gläubigern einen sonst als ungerechtfertigt anerkannten Vorteil zufließen lassen? Und wird nicht in vielen Fällen der Eigentümer, der allein antragsberechtigt sein soll, den Zustand der Un-

[1]) Inzwischen hat sich H. Staub in den Gutachten aus dem Anwaltstande S. 407—418 für die völlige Beseitigung der Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld und für die ausschließliche Durchführung des Systemes der freien Stellen erklärt. Gegen ihn und für den Entwurf ausführlich Krech S. 134—141 (er schlägt nur eine andere Fassung von § 1093 vor, S. 131—133). Vgl. auch v. Meibom S. 376—377 (er hält in § 1098 eine Einschränkung für nötig). — Durchaus gegen jede Eigentümerhypothek, weil sie den Grundbesitz mobilisiere, Opitz S. 40—41.

gewißheit einem Verfahren vorziehen, das in erster Linie seinen Gläubigern zu gute kommt? Er kann sich freilich die Hypothek verschaffen, wenn er dieselbe als noch bestehend bezeichnet und das in § 1104 normierte Aufgebot gegen den unbekannten Gläubiger einer fälligen oder kündbaren Forderung beantragt. Dann aber muß er den Betrag der eingetragenen Forderung öffentlich hinterlegen. Hält er also die Forderung für getilgt und kann er sogar diese Tilgung in hohem Grade wahrscheinlich machen, so giebt es für ihn, falls er nicht noch einmal zahlen will, schlechthin kein Mittel, nach noch so langem Zeitablauf die Stelle der vergessenen Hypothek für sich selbst frei zu machen.

Die Abweichungen des Rechtes der Briefhypothek (§§ 1106—1124) beschränken sich auf die durch Erteilung eines Hypothekenbriefes bedingten Besonderheiten. Der Hypothekenbrief empfängt insofern die Eigenschaften eines Wertpapieres, als das Eigentum an ihm untrennbar mit dem Hypothekenrecht verbunden und die Verwertung dieses Rechts nur durch das Mittel des Papieres möglich sein soll. Dennoch scheint er nicht als Wertpapier gedacht worden zu sein. Denn das Gläubigerrecht soll nicht dem Papiereigentum, sondern das Papiereigentum dem Gläubigerrecht folgen (§ 1109 Abs. 1), wie dies nach dem ausdrücklichen Hinweise der Motive (S. 745) dem Recht jeder gewöhnlichen Schuldurkunde entspricht. Auch soll beim Erlöschen der Hypothek das bisherige Papiereigentum ohne Hypothekenrecht fortbestehen und nur der Inhaber des Hypothekenbriefes dem Grundeigentümer zur Vorlegung desselben beim Grundbuchamt behufs Löschung der Hypothek verpflichtet sein (§ 1109 Abs. 2). Die Entstehung der Briefhypothek soll unabhängig von der Aushändigung des Briefes durch die Eintragung erfolgen. Der Grundeigentümer kann sich jedoch die Aushändigung des Briefes in seine Hände sichern und hiermit dem Gläubiger bis zur Erlangung des Papierbesitzes den Beweis der Entstehung der Forderung durch das Buch und den Brief verlegen (§ 1110). Mit Rücksicht auf diese Sicherungsmöglichkeit soll hier das Recht, binnen dreißig Tagen ohne weiteres eine Vormerkung wegen nicht erhaltener Valuta eintragen zu lassen, in Wegfall kommen (§ 1112). Die Abtretung des Gläubigerrechts ist an eine gerichtliche oder notarielle Abtretungserklärung und die Übergabe des Hypothekenbriefs, nicht aber an die Eintragung im Grundbuch gebunden; bei ferneren Abtretungen genügt die Inhabung des Hypothekenbriefes in Verbindung mit der Legitimation des Inhabers durch eine zusammenhängende, auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von Abtretungserklärungen, um die Übertragung vorzunehmen; den Abtretungserklärungen stehen Überweisungsbeschlüsse im Wege der

Zwangsvollstreckung gleich; auch für den Antrag auf Umschreibung im Grundbuch reicht neben Vorlegung des Hypothekenbriefes die Legitimation durch die entsprechenden Übertragungsurkunden hin (§§ 1112—1115). Der öffentliche Glaube verbleibt dem Buch und steht an sich dem Briefe nicht zu; doch gilt der Inhalt desselben als dem Erwerber zur Zeit des Erwerbes bekannt geworden (§ 1116). Zur Geltendmachung des Rechtes aus der Briefhypothek ist, soweit es sich nicht bloß um den Anspruch wegen rückständiger Zinsen oder nicht eingetragener Kosten handelt (§ 1121), die Vorlegung des Hypothekenbriefes und die Legitimation des Inhabers als Gläubiger erforderlich; im Falle der Befriedigung ist der Gläubiger zur Aushändigung des Briefes, bei teilweiser Befriedigung zu deren Vermerkung auf dem Briefe und zur Vorlegung desselben behufs Löschung des Teiles, Umschreibung auf den Namen des Eigentümers oder Bildung eines Teilhypothekenbriefes verpflichtet (§§ 1117—1119). Der Entwurf fügt besonders hinzu, daß diese Bestimmungen auch Anwendung finden, wenn der Gläubiger nur den persönlichen Anspruch gegen den Eigentümer, der zugleich Schuldner ist, geltend macht (§ 1120). Dagegen soll die Geltendmachung des persönlichen Anspruches gegen den Schuldner, welcher nicht Eigentümer ist, unabhängig vom Hypothekenbrief erfolgen können (Motive S. 760). Hier zeigen sich wieder die Nachteile der unnatürlichen Zerreißung des Gläubigerrechts in „Forderung" und „Hypothek". Die Abzweigung von Teilhypothekenbriefen soll bei jeder Teilung der Forderung unabhängig vom Willen des Grundeigentümers zulässig sein und nicht bloß vom Grundbuchamt, sondern auch von einem zuständigen Gericht oder Notar vollzogen werden können (§ 1122). Neben den zwei Formen des Aufgebots der Hypothek, wobei hier das Ausschlußurteil zugleich den Hypothekenbrief kraftlos macht (§ 1124), wird ein selbständiges Aufgebotsverfahren behufs Kraftloserklärung eines abhanden gekommenen oder vernichteten Hypothekenbriefs zugelassen (§ 1123). Eine Buchhypothek kann nachträglich in eine Briefhypothek, eine Briefhypothek umgekehrt in eine Buchhypothek verwandelt werden (§§ 1106—1107)[1]).

---

[1]) Während Opitz S. 39—40 die Briefhypothek als Mobilisierung des Grundbesitzes ganz verwirft, will v. Meibom S. 346—354 sie noch ungleich beweglicher gestalten, indem er den Hypothekenbrief zu einem vollen Wertpapier erheben, den schriftlichen Abtretungsvermerk auf dem Brief oder einer Anlage für ausreichend erklären, die Blancoabtretung gestatten und regeln, bei Widersprüchen zwischen Buch und Brief den letzteren entscheiden lassen und demgemäß (vgl. S. 386) auch die Einreden gegen den Anspruch aus der Briefhypothek noch weiter beschränken will. — Für den Entwurf Krech S. 26 ff. u. 117 ff. (er schlägt

Bei der Sicherungshypothek (§§ 1125—1134), welche im Grundbuch stets als solche bezeichnet werden muß (§ 1126), soll die Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Buches auf die persönliche Forderung, die Beschränkung der Einreden gegen den redlichen Erwerber, die Möglichkeit der Erteilung eines Hypothekenbriefes, die aktive und passive Legitimation des Grundeigentümers als solchen bei der Kündigung, das Institut der Vormerkungen zur Erhaltung von Einreden und die Zulassung der Eigentümerhypothek wegfallen (§§ 1125 und 1127—1128). Eine Sicherungshypothek kann nach dem Entwurfe auch wegen einer Forderung mit einem fest bestimmten Betrage stets bestellt werden. Sie ist allein zulässig im Falle der Kautionshypothek, bei welcher dann ein Höchstbetrag, bis zu welchem das Grundstück haften soll, zu bestimmen und einzutragen ist (§ 1129). Ebenso wird die im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Zwangshypothek und die kraft eines vollstreckbaren Arrestbefehls erwirkte Arresthypothek als Sicherungshypothek begründet (§§ 1130—1133) [1]. Die wichtige Frage, ob nicht wenigstens von der Haftung aus Zwangs- und Arresthypotheken eine gewisse Grundfläche als „Heimstätte" ausgenommen und so dem Schuldner in ähnlicher Weise wie bei der Pfändung beweglicher Sachen ein Schutz gegen Entziehung seiner Lebensgrundlage gewährt werden muß, ist nicht einmal in Erwägung gezogen worden [2]. Solche Dinge treten eben in den Horizont des Entwurfes nicht ein. — Die Umwandlung der Sicherungshypothek in eine andere Hypothek wird zugelassen, jedoch an Zustimmung der gleichstehenden oder nachstehenden Berechtigten geknüpft (§ 1134).

---

nur eine Ergänzung zu § 1115 für die Fälle des gesetzlichen Überganges vor und hat Bedenken wegen der aus dem Brief nicht ersichtlichen Vormerkungen).

[1]) Während Bähr S. 529 die Sicherungshypothek unter Streichung der Buchhypothek zur Normalhypothek erheben will, hält v. Meibom S. 354 bis 364 diese ganze Schöpfung des Entwurfes für mißlungen; er tadelt die Namengebung, die Anordnung, die Zusammenschweißung ungleichartiger Verhältnisse; die vertragsmäßige Begründung einer solchen Hypothek minderer Güte will er ganz ausschließen; die Kautionshypothek will er mit einer Erleichterung ihrer Umwandlung aufnehmen, jedoch als bloße Abart der Buchhypothek regeln; ihr will er die Arresthypothek gleichstellen; die Zwangshypothek hält er für überflüssig, will sie aber im Falle ihrer Aufnahme als gewöhnliche Buchhypothek und nicht nach dem Muster der Kautionshypothek gestalten. Vgl. gegen diese recht bedenklichen Vorschläge Kreck S. 112—114 u. 119—120 (Änderungsvorschlag zu § 1129 Abs. 4).

[2]) Dafür Scholler S. 369.

Das Recht der Grundschuld (Tit. 2)[1]) wird trotz der bereits besprochenen Auffassung derselben als eines von der Hypothek durchaus verschiedenen Gebildes durch Verweisung auf das Recht der Briefhypothek geregelt, welches nur insoweit nicht zur Anwendung gelangen soll, als es auf der Abhängigkeit der Hypothek von einer „Forderung“ beruht (§ 1136). Die Begründung einer bedingten oder betagten Grundschuld wird ausgeschlossen (§ 1137). Um die durch den Mangel einer „Forderung“ und eines „Schuldners“ entstehende Lücke auszufüllen, werden mit Hülfe der schon erwähnten Fiktionen besondere Bestimmungen über die Kündigung der Grundschuld, die Zeit und den Ort der Zahlung, die Verzugszinsen und die rückständigen Grundschuldzinsen getroffen (§§ 1139—1140). Die Gleichstellung der letzteren mit rückständigen Hypothekenzinsen soll bewirken, daß der Eigentümer als Schuldner der Zinsen „unterstellt“, trotzdem aber nicht wie bei einer Reallast persönlich verpflichtet wird (Motive S. 790—791). Eine Eigentümergrundschuld soll im Gegensatz zur Eigentümerhypothek auch von vornherein durch einseitige Erklärung des Grundeigentümers begründet werden können (§ 1142). Das Recht zum Selbstbetriebe der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung wird auch hier dem Eigentümer, der zugleich Gläubiger ist, versagt (§ 1143). Die Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek und der Hypothek in eine Grundschuld wird zugelassen, die letztere jedoch nur mit Zustimmung der gleich- oder nachstehenden Berechtigten (§ 1144). Während in allen diesen Punkten der Entwurf nur unwesentlich von dem geltenden preußischen Grundschuldrecht abweicht, entfernt er sich von demselben erheblich durch die Herabminderung des mit der Grundschuld notwendig verbundenen Grundschuldbriefes zu einem mit dem Hypothekenbrief gleichwertigen Papier (§ 1138). Die sehr viel stärkere Ausprägung der Wertpapiereigenschaft des preußischen Grundschuldbriefes soll also in Wegfall kommen[2]). Auch hier wird der öffentliche Glaube, wie dies durchaus zu billigen ist, dem Buch vorbehalten. Die Einwendungen

---

[1]) Vgl. Kühnast, Die Grundschuld des Entwurfes u. s. w., Berlin 1888 (mehr allgemeine Betrachtungen): v. Meibom S. 376 u. 386; Krech S. 112, 115 u. 138—139. — Opitz S 36—39 bekämpft das ganze Institut; doch ist seinen Ausführungen, denen zufolge jede Ermöglichung einer Nichthaftung der Person sittlich und wirtschaftlich zu verwerfen wäre, keineswegs beizustimmen.

[2]) v. Meibom S. 346—354 will, wie schon erwähnt ist, umgekehrt das Recht des preußischen Grundschuldbriefes auf den Hypothekenbrief ausdehnen und natürlich hiermit zugleich den Grundschuldbrief als ein dem Orderpapier ähnliches Wertpapier ausgestalten.

gegen den redlichen Erwerber des Grundschuldbriefes werden genau nur in demselben Umfange beschränkt, wie dies dem Erwerber eines Hypothekenbriefes gegenüber der Fall ist. Grundschuldbriefe können nicht nur sowenig wie Hypothekenbriefe niemals auf den Inhaber lauten, sondern auch nicht in blanco abgetreten werden. Die Möglichkeit, mit dem Grundschuldbrief auf den Inhaber gestellte Zinsquittungsscheine auszugeben, wird ebenfalls beseitigt. Der Entwurf verzichtet also vollständig auf den in Preußen und einigen anderen Staaten gemachten Versuch, kursfähige dingliche Wertpapiere zu schaffen. Nach den bisherigen Erfahrungen wird man die Freigabe einer Emission derartiger Papiere durch jeden Grundbesitzer kaum vermissen. Eine andere Frage aber ist es, ob nicht in besonderen Fällen die Ausgabe sachenrechtlicher Inhaberpapiere durch einen Großgrundbesitzer und namentlich durch eine grundbesitzende Körperschaft mit Staatsgenehmigung zulässig bleiben müßte. Nach dem Entwurfe können zwar „Schuldverschreibungen auf Inhaber" über bestimmte Geldsummen mit Staatsgenehmigung ausgestellt werden. Allein er gewährt keine Rechtsform, um solche nicht einer „bestimmten Person" zustehende Forderungen mit einer Hypothek zu verbinden oder als rein dingliche Ansprüche von Grundschuldgläubigern auszugestalten.

Auffallender noch ist es, daß er sich an keiner Stelle mit den Pfandbriefinstituten und den von ihnen ausgegebenen Pfandbriefen beschäftigt. Es ist nicht abzusehen, wie künftig die von Grundbesitzerverbänden (Landschaften u. s. w.), Kreditanstalten und Aktiengesellschaften (Hypothekenbanken u. s. w.) ausgestellten Inhaberpapiere irgend eine dingliche Sicherung erlangen können. Die Ausstattung des Pfandbriefinhabers mit einem unmittelbaren Recht an den Grundstücken selbst, wie sie sich bei den älteren preußischen Landschaften findet, wird durch den Entwurf jedenfalls abgeschnitten. Aber auch eine Pfandhaftung der auf den Namen des Instituts eingetragenen Hypotheken und Grundschulden für die Forderungen der Pfandbriefinhaber scheint nicht begründet werden zu können. Denn wenn auch der Pfandbesitz an den Hypotheken- und Grundschuldbriefen durch Vermittlung eines Treuhänders ermöglicht wird (§ 1147 Abs. 3), so wird doch auch bei dem Pfandrecht an Rechten wie an beweglichen Sachen „eine bestimmte Person" als Berechtigter verlangt (§ 1206 mit § 1145). Die Motive berühren alle diese wichtigen Erscheinungen des heutigen Lebens nicht, und auch das Einführungsgesetz gewährt keinen Aufschluß. Wir können darin nur eine bedauerliche Lücke des Entwurfes erblicken.

Der dritte Titel bringt sehr ausführliche Vorschriften über das als „Faustpfandrecht" bezeichnete „Pfandrecht an beweglichen

Sachen" [1]). Dieselben beziehen sich aber lediglich auf das rechtsgeschäftlich begründete Pfandrecht und sind auch insoweit, als nur der Inhalt des Pfandrechts in Frage steht, auf die gesetzlichen Pfandrechte und auf das Pfändungspfandrecht nur in geringem Umfange anwendbar. Der an die Spitze gestellte und überall folgerichtig durchgeführte Pfandrechtsbegriff entspricht dem vom Entwurf angenommenen Begriff der Hypothek; nur soll hier die Pfandhaftung auch wegen einer unbestimmten Forderung möglich sein (§ 1145). Im Einklange mit dem deutschen und modernen Recht erkennt der Entwurf nur ein mit Besitz verbundenes Pfandrecht an beweglichen Sachen an, welches durch den unter Übergabe der Sache (in der Sprache des Entwurfes „unter Einräumung und Ergreifung der Inhabung des Pfandes") geschlossenen „dinglichen Vertrag" (der zum Unterschiede von dem obligationenrechtlichen „Verpfändungsvertrage" „Pfandvertrag" heißen soll) begründet wird (§ 1147 Abs. 1). Als Übergabe läßt er auch die Einräumung einer bloßen Mitinhabung, bei welcher das Pfand unter dem Mitverschlusse des Verpfänders bleibt, und die Übertragung der Inhabung auf einen gemeinschaftlichen Pfandhalter, nicht aber das constitutum possessorium gelten (§ 1147 Abs. 2—3). In der That ist das Faustpfandrecht mit einer fortdauernden Inhabung des Verpfänders unvereinbar. Eine andere Frage ist, ob es nicht neben dem Faustpfande eines Registerpfandes an Fahrnis bedarf. Hierauf kommen wir unten zurück. Die Pfandhaftung erstreckt der Entwurf auf die Forderung nebst allen ihren Erweiterungen, giebt ihr jedoch im Falle der Pfandbestellung für eine fremde Schuld im Zweifel einen beschränkteren Umfang (§§ 1148 — 1149) [2]). Sie soll das Pfand in allen seinen Teilen und von mehreren Sachen jede ganz ergreifen, auch an getrennten Bestandteilen fortbestehen (§ 1150) [3]). Das Rangverhältnis unter mehreren Pfandrechten soll sich nach dem Altersvorzug richten, jedoch durch den nach Analogie des Satzes „Hand wahre Hand" eintretenden Vorrang des redlichen Pfandrechterwerbers verschoben werden (§§ 1151 — 1152). Aus dem Pfandrecht fließt für den Pfandgläubiger ein

[1]) Eine sehr einsichtige Besprechung dieses und des folgenden Titels hat Wernick, Gutachten S. 376—406, geliefert. Vgl. ferner Cosack S. 69—84. Einzelnes auch bei Scholler S. 371—375, Koch S. 49—51.

[2]) Bedenken gegen Einzelheiten und namentlich gegen die ungleiche Begrenzung des Umfanges der Pfandhaftung bei Pfandbestellungen für eigene oder fremde Schuld macht Wernick S. 387—389 geltend.

[3]) Mit Recht verlangt Wernick S. 389—390 die Erweiterung der Mithaftung auf das Surrogat, insbesondere die Ansprüche auf Versicherungsgelder und Schadenersatz.

Recht auf Innhabung des Pfandes, im Falle der Vereinbarung, für welche bei fruchttragenden Sachen vermutet wird, überdies ein Nutzungsrecht (§§ 1153—1154). Hinsichtlich des Schutzes des Pfandrechts begnügt sich der Entwurf wieder mit einer Verweisung auf „entsprechende Anwendung" der Paragraphen vom „Eigentumsanspruch" (§ 1155)[1]. Aus dem Bestande des dinglichen Rechtes läßt der Entwurf auch hier ein Legalschuldverhältnis des Berechtigten gegenüber dem „Eigentümer" entspringen. In diesem Sinne normiert er die gesetzlichen Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers zur Verwahrung und Rückgewähr des Pfandes, das Recht desselben zum Notverkauf nebst den ihm hieraus erwachsenden Verpflichtungen, die entgegenstehenden Sicherungsansprüche des Eigentümers bei Gefährdung des Pfandes und die Ersatzansprüche des Pfandgläubigers wegen Verwendungen (§§ 1156—1159)[2]. Auch stellt er den Umfang der „Einwendungen" fest, deren sich der Eigentümer „gegen den Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande bedienen kann" (§ 1160)[3]. Weiter regelt er das Einlösungsrecht des Eigentümers und anderer Interessenten, wobei er insofern hinter dem praktischen Bedürfnis zurückbleibt, als er den nachstehenden Realberechtigten die Einlösung des Pfandes erst im Augenblicke des Pfandverkaufes gewährt und anderen Beteiligten (z. B. den Bürgen) überhaupt jedes Einlösungsrecht versagt (§§ 1161—1164)[4]. Das Recht des Pfandgläubigers, aus dem Pfande Befriedigung zu verlangen, sobald die Forderung ganz oder teilweise fällig geworden und bei einem nicht in Geld bestehenden Leistungsgegenstande in eine Geldforderung übergegangen ist, verweist der Entwurf auf die Geltendmachung im Wege des Verkaufes (§§ 1165—1166)[5]. Nur bei dem Pfand-

[1] Wie unzureichend und irreführend dieses Verweisungssystem ist, hat Wernick S. 390—394 gerade hier durch Prüfung der Anwendbarkeit der einzelnen angezogenen Paragraphen schlagend dargethan. Vgl. ferner über das sonderbare Ergebnis hinsichtlich des Putativpfandgläubigers Cosack S. 71; dazu dessen Bemerkungen über den „Eigentumsanspruch" überhaupt S. 39 ff. Zum Teil schlägt auch die Abh. von Bolze, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 97 ff., hier ein.

[2] Bedenken bei Cosack S. 72—73.

[3] Die Ausstellungen Wernicks S. 394—395 gegen die Fassung dieses § 1160 sind zutreffend, übersehen aber, daß der „Anspruchsbegriff" des Entwurfes hier wie oft notwendig zu verschrobener Ausdrucksweise führt.

[4] Vgl. Wernick S. 395 ff., Cosack S. 73.

[5] Eine Verkaufspflicht hat der Gläubiger nicht. Mit Recht aber fordert Cosack S. 73, daß dann der Schuldner, solange der Gläubiger nicht verkauft, die Bezahlung aus seinem sonstigen Vermögen ablehnen dürfe; vgl. auch Krech S. 123 Anm. 1. — Nachstehenden Pfandgläubigern will der Entwurf das Verkaufsrecht an sich gewähren; doch braucht der vorstehende Pfandgläubiger, falls

rechte an Geld eröffnet er natürlich einen anderen Weg (§ 1168)[1]). Dagegen erklärt er den Verfallvertrag (lex commissoria) schlechthin für nichtig (§ 1167)[2]). Das Verkaufsverfahren ordnet er durch sehr ins einzelne gehende Vorschriften (§§ 1169—1176). Dieselben beruhen auf dem Prinzip des Privatverkaufes, nehmen also wiederum für das römische und gegen das deutsche Recht Partei. Zur Sicherung des Schuldners ist es unbedingt erforderlich, daß der Pfandverkauf, wie dies ja auch nach dem Handelsgesetzbuch regelmäßig der Fall ist, an eine gerichtliche Ermächtigung gebunden werde, welche nach gehöriger Glaubhaftmachung des Verkaufsrechtes und fakultativer Anhörung des Schuldners zu erteilen wäre[3]). Auf der anderen Seite beschweren die Vorschriften des Entwurfes den verkaufenden Pfandgläubiger mit einer solchen Fülle von Verantwortlichkeiten, daß keinem Pfandgläubiger, der nicht zugleich Rechtskundiger und geriebener Geschäftsmann ist, anzuraten wäre, sich auf einen Pfandverkauf einzulassen. Er würde vielmehr gut thun, sich vorkommenden Falls einen vollstreckbaren Pfandtitel zu verschaffen und hiermit die Möglichkeit eines gerichtlichen Pfandverkaufes zu erlangen, bei welchem er nicht mehr für die Beobachtung von zahlreichen Ordnungsvorschriften haftet, auch nicht für Gewährsmängel einzustehen braucht[4]). Würde eine gerichtliche Ermächtigung verlangt, so hätte zugleich die Feststellung der Art des Pfandverkaufes durch das Gericht zu erfolgen; es stünde nichts im Wege, regelmäßig den Verkauf in die Hand des unter amtlicher Verantwortlichkeit nach ähnlichen Vorschriften wie beim Pfändungspfand verfahrenden Gerichtsvollziehers zu legen. Auch für die Prüfung des Verlangens einer abweichenden Verkaufsart wäre hier die geeignete Stätte. Der Entwurf läßt zwar ebenfalls Abweichungen von den gesetzlichen Verkaufsformen nicht nur kraft einer mit gewissen Einschränkungen statthaften besonderen Vereinbarung, sondern auch auf ein nach billigem Ermessen dem beiderseitigen Interesse entsprechendes Verlangen eines Teiles zu (§§ 1777 —1178), verweist aber die Erledigung eines derartigen Verlangens auf

er besitzt, die Sache nicht zum Zwecke des Verkaufes herauszugeben. Gegen diese willkürliche Bestimmung vgl. Wernick S. 397 u. Cosack S. 74. Der Gegenvorschlag des letzteren dürfte der richtigere sein.

[1]) Vgl. indes Cosack S. 75. Abänderungsvorschläge zu § 1168 bei Koch S. 49—50.

[2]) Wie leicht indes dies Verbot nach dem System des Entwurfes zu umgehen ist, zeigt Cosack S. 74.

[3]) So auch Cosack S. 75. — A. M. Wernick a. a. O. S. 398 und Koch S. 49.

[4]) Nähere Ausführungen hierüber bei Wernick S. 398—401.

den gewöhnlichen Prozeßweg[1]). Weitere Bestimmungen ordnen die Wirkung des rechtmäßigen Pfandverkaufs (§ 1180) und stellen fest, welche Vorschriften die Rechtmäßigkeit des Verkaufes bedingen, welche nur bei Vermeidung einer Schadenersatzpflicht beobachtet werden müssen (§ 1181). In einem unerhört schwerfällig und unverständlich abgefaßten Satze erweitert der Entwurf den Schutz des gutgläubigen Erstehers einer Sache im öffentlichen Pfandverkaufe; dem öffentlichen Pfandverkauf stellt er hierbei — und zwar auch hinsichtlich gestohlener und verlorener Sachen — den gesetzlich zugelassenen freihändigen Verkauf von Gold- und Silbersachen, bei denen ein entsprechendes Gebot nicht zu erzielen war, zu einem den Gold- oder Silberwert erreichenden Preise gleich; dagegen läßt er es im übrigen in den Fällen eines freihändigen Pfandverkaufes, mag nun derselbe kraft Vereinbarung (§ 1177) oder kraft richterlicher Anordnung (§ 1178) anstatt der gesetzlich vorgeschriebenen Versteigerung stattfinden, bei den gewöhnlichen Grundsätzen bewenden, nach welchen der Käufer die dingliche Veräußerungsbefugnis des als Pfandgläubiger auftretenden Verkäufers zu prüfen hat (§ 1182)[2]). Die Rechtsverhältnisse am Erlöse des Pfandverkaufes ordnet der Entwurf zweckmäßig dahin, daß der zur Befriedigung der fälligen Forderung dienende Betrag Eigentum des Pfandgläubigers wird, der Überschuß hinsichtlich des Eigentums und sonstiger dinglicher Rechte an Stelle des Pfandes tritt (§ 1183). Die Vorschriften über die Übertragung des Pfandrechtes beruhen auf dem Gedanken, daß das Pfandrecht mit der Forderung übergehen, jedoch erst mit der Erlangung des Pfandbesitzes der Eintritt des neuen Gläubigers in das Legalschuldverhältnis gegenüber dem Eigentümer unter bürgschaftsähnlicher Forthaftung des bisherigen Pfandgläubigers erfolgen soll (§§ 1186—1188)[3]). Unter den Erlöschungsgründen des Pfandrechts figuriert mit Recht die Rückgabe des Pfandes, selbst wenn sie unter Vorbehalt des Pfandrechtes geschehen ist (§ 1191)[4]); außerdem Aufhebung durch Rechtsgeschäft (§ 1189), Übertragung der Forderung unter Ausschluß des Pfandrechts (§ 1190), Untergang der Forderung (§ 1192) und mit gewissen Einschränkungen die Vereinigung von Eigentum und Forderung (§ 1193).

[1]) Vgl. auch Cosack S. 76.

[2]) Vgl. hiergegen Cosack S. 77—78.

[3]) Gegen den Übergang des Pfandrechts ohne Übergabe des Pfandes erklärt sich mit Recht Cosack S. 78.

[4]) Angemessene Einschränkungen schlägt Cosack S. 78—79 vor. — Durch unfreiwilligen Besitzverlust soll das Pfandrecht nicht erlöschen; die gegenteiligen Sätze des geltenden Konkursrechtes will das E. G. Art. 13 u. 14 beseitigen.

Ein Zurückbehaltungsrecht am Pfande wegen anderweiter Forderungen wird dem Pfandgläubiger versagt (§ 1194). Schließlich wird, nachdem im ganzen Titel dem Pfandgläubiger der „Eigentümer" und nicht der ihm doch zunächst gegenüberstehende „Verpfänder" gegenübergestellt ist, eine Vermutung für das Eigentum des Verpfänders zu Gunsten des letzteren gegenüber dem Pfandgläubiger und eine Fiktion dieses Eigentums zu Gunsten des gutgläubigen Pfandgläubigers gegenüber dem wirklichen Eigentümer aufgestellt (§ 1195)! Die Fiktion soll ein Korrektiv bilden gegen die Belastung des Pfandgläubigers mit einem „Legalschuldverhältnis", bei welchem der „Eigentümer" als Gläubiger erscheint, während der Pfandgläubiger natürlich den „Verpfänder" als solchen genommen hat (Motive S. 843)[1].

Als einen Fall des Faustpfandrechtes an der Sache selbst betrachtet der Entwurf das von ihm bei beweglichen Sachen unbedingt zugelassene Quotenpfandrecht (§ 1146). Er kann aber bei demselben natürlich die Regeln des Sachpfandrechtes nur unvollkommen durchführen. Vielmehr gestaltet er bei dem Faustpfandrecht an einem Miteigentumsanteil das Recht des Pfandgläubigers im Sinne einer Teilhaberschaft an der Gemeinschaft aus, wobei die Verwaltungs- und Nutzungsrechte von dem Pfandgläubiger an Stelle des Miteigentümers ausgeübt werden, der Anspruch auf Aufteilung bis zur Zulässigkeit des Pfandverkaufes nur dem Miteigentümer und dem Pfandgläubiger gemeinschaftlich zusteht, die Befriedigung aus dem Pfande aber nach Wahl des Pfandgläubigers durch Verkauf des Anteils oder durch Geltendmachung des Teilungsanspruches gesucht werden kann (§ 1184). Bei dem sonstigen Pfandrecht an einem Bruchteil einer Sache erzielt er mit Hülfe der Fiktion eines Miteigentums ein ähnliches Ergebnis (§ 1185).

Schließlich regelt er das Schiffspfandrecht (§§ 1196—1205), das er in höchst unpassender Weise als eine Unterart des Faustpfandrechtes ohne Innehabung konstruiert, jedoch sachlich angemessen als Registerpfandrecht ordnet. Freilich muß man die Grundsätze, welche für die Verpfändung der ins Schiffsregister eingetragenen Schiffe gelten sollen, sehr mühsam aus dem Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht zusammensuchen. Das Schiffspfandrecht soll im Falle rechtsgeschäftlicher Begründung durch dinglichen Vertrag zwischen dem Schiffseigentümer und dem Gläubiger und Eintragung ins Schiffsregister entstehen (§ 1196). Zur

[1] Eine künstliche und doch unzureichende Hülfe gegen eine rein doktrinäre Vergewaltigung des Sachverhältnisses. Durchaus zweckmäßig ist der Vorschlag von Cosack S. 80, „Eigentümer" durch „Verpfänder" zu ersetzen und das Nötige für den Fall hinzuzufügen, daß der Verpfänder nicht Eigentümer ist.

Eintragung ist erforderlich, daß der Verpfänder als Eigentümer in das Schiffsregister eingetragen ist (§ 1198). Die der Eintragung und Löschung zu Grunde liegenden Erklärungen (§§ 1198 und 1200) bedürfen gerichtlicher oder notarieller Form (§ 1202). Dem Eintrage gegenüber fällt der Schutz des gutgläubigen Erwerbes weg. (Näheres in § 1201, der ein abschreckendes Muster des Verweisungsstiles aufstellt.) Bei einem Widerspruch zwischen dem Inhalt des Schiffsregisters und der wirklichen Rechtslage findet ein Berichtigungsanspruch statt (§ 1203). Die Befriedigung aus dem Schiffspfandrecht kann nur im Wege der Zwangsvollstreckung gesucht werden (§ 1204). Das Pfandrecht an einer Schiffspart unterliegt der „entsprechenden Anwendung" derselben Grundsätze, soll also als Pfandrecht an einem Sachbruchteile gelten (§ 1205).

Mehrfach ist schon mit überzeugender Begründung darauf hingewiesen worden, daß es eines ähnlichen Registerpfandrechtes auch bei anderen Mobilien neben dem Faustpfandrecht bedarf[1]). Wenn die Verpfändung von Fahrnis unter Vorbehalt der Innhabung schlechthin unzulässig ist — und im Bereiche des Faustpfandrechtes muß sie dies sein —, so wird eine sachgemäße Ausgestaltung des Mobiliarkredits hinsichtlich zahlreicher wertvoller Gegenstände abgeschnitten. Dafür werden allerlei ungesunde Rechtsgeschäfte künstlich befördert, denen der Entwurf keinerlei Hindernis in den Weg legt. Denn er läßt bedingte Eigentumsübertragungen mit dinglicher Wirkung zu, legalisiert also förmlich den Abschluß derartiger Verträge mit dem materiellen Zweck bloßer Sicherstellung, schafft den berüchtigten Möbelleihverträgen einschließlich der damit verbundenen Verfallverträge freieste Bahn u. s. w. Solchen wirtschaftlich verderblichen Geschäften würde die Einrichtung öffentlicher Pfandregister wirksam begegnen[2]). Als Grundlage der Eintragung,

---

[1]) Vgl. namentlich Wernick S. 377 ff.; auch Scholler S. 371 ff. — Entschieden dagegen Cosack S. 70.

[2]) Cosack S. 14—15 schlägt vor, jedes Geschäft, durch welches einem Gläubiger zum Zwecke der Sicherung einer ihm zustehenden Forderung ein dingliches Recht an einer beweglichen Sache vorbehalten oder übertragen wird, den Regeln des Faustpfandrechts zu unterwerfen, so daß also alle jene Umgehungsgeschäfte unwirksam würden, ein Eigentum ohne leiblichen Gewahrsam nicht entstände oder fortbestände, das Verbot des Verfallvertrages anwendbar würde u. s. w. Doch dürfte diese radikale Maßregel kaum ertragen werden, wenn ihr eben nicht eine positive Fürsorge für gewisse nicht einfach wegzudekretierende Kreditbedürfnisse zur Seite träte. Soviel aber ist gewiß: die Lösung des Entwurfes ist keine! Die Motive schildern eingehend alle möglichen Formen der Gesetzesumgehung und beruhigen sich dann dabei, sie als unantastbar konstatiert zu haben! — Inzwischen hat auch Ihering, Besitzwille S. 228—229,

durch welche hier wie beim Schiffsregister der Besitz ersetzt werden müßte, könnte ein gerichtlicher oder notarieller Vertrag gefordert werden. Man könnte dann den Fortbestand eines derartigen Pfandrechts über eine kurz bemessene feste Frist hinaus von einer Erneuerung abhängig machen. Auch brauchte man hier dem Eintrage gegenüber den Schutz des redlichen Besitzes nicht aufzugeben; eine so weitgehende Sicherheit läßt sich eben durch Mobiliarpfandrechte nicht erzielen. Ein solches Registerpfandrecht würde wichtige Bedürfnisse befriedigen, ohne das für den Entwurf allein ausschlaggebende „Interesse der Verkehrssicherheit" zu schädigen. Man denke an die Verpfändung eines Guts- oder Gebäudeinventars seitens des Pächters oder Mieters, an die Verpfändung von Vieh, von Maschinen, von Stromschiffen und anderen Fahrzeugen, an die Verpfändung veräußerter Mobilien für den rückständigen Kaufpreis u. s. w.

Das Registerpfandrecht müßte auch an einer Sachgesamtheit möglich sein. Vom Standpunkt des Entwurfes aus kann es freilich ein Pfandrecht an einem Sachinbegriff als solchem nicht geben. Das praktische Bedürfnis aber fordert entschieden die Zulassung eines derartigen Pfandrechtes, welches die ordnungsmäßig ausscheidenden Stücke von selbst losläßt und die neu eintretenden Stücke von selbst ergreift. Warum soll es denn an jeder Möglichkeit fehlen, ein Inventar, eine Herde, eine Bibliothek, ein Warenlager zu verpfänden?

Vor allem aber wäre in dem Registereintrag zugleich ein Mittel gegeben, um ein Pfandrecht an ungetrennten Bodenerzeugnissen, der hängenden Ernte, den zu schlagenden Hölzern, den zu brechenden Steinen, zu ermöglichen[1]). Ein Bedürfnis hierfür ist um so weniger bestreitbar, als bekanntlich die Civilprozeßordnung die Pfändung stehender Früchte einen Monat vor der Reife zuläßt. Man sollte meinen, daß mindestens in demselben Umfange, in dem ein Pfändungspfandrecht begründet werden kann, auch ein Vertragspfandrecht offengehalten werden müßte. Der Entwurf aber erblickt in dem § 714 der Civilprozeßordnung eine Singularität, die ihn nicht veranlassen kann, mit seinen Prinzipien zu brechen. Der Landwirt, welcher kurz vor der Ernte Geld braucht und nicht etwa einen vollstreck-

---

darauf hingewiesen, wie wenig § 1147 zum Schutz gegen Wucher genügt; sein Vorschlag geht dahin, kein Pfandrecht an einer Sache bestehen zu lassen, die mit dem Willen des Gläubigers, was vermutet werden soll, sich in Innhabung des Schuldners befindet.

[1]) Eine derartige Verpfändung der Früchte durch Eintragung in das öffentliche Pfandbuch kennt z. B. das Zürch. Gb. § 879. — Vgl. Scholler S. 371 ff., Wernick S. 385 ff.

baren Schuldtitel gegen sich selbst behufs Sicherung des Gläubigers durch die Früchte schaffen will, mag nun zu dem bedenklichen Verkauf der Früchte auf dem Halm schreiten, der ja von allen früheren Einschränkungen befreit ist. Die Motive wissen freilich noch einen anderen Ausweg. Er kann behufs Verpfändung der Erzeugnisse die Inhabung der ganzen Sache dem Gläubiger einräumen, „in und mit der Sache" zugleich deren Erzeugnisse dergestalt tradieren, „daß die Tradition sich erst mit der Trennung der Früchte vollende, welche während der Dauer der Inhabung des Empfängers stattfindet", und in der Zwischenzeit eine „dingliche Bindung" an diese Traditionsofferte auf sich nehmen (S. 799 mit Verweisung auf § 901 Abs. 2 und § 86). Doch ist der Hinweis auf diese künstliche, mit dem Verlust der Inhabung verbundene Operation wohl nur als ein juristischer Scherz zu betrachten.

Der vom „Pfandrecht an Rechten" handelnde vierte Titel zeichnet sich durch eine ganz besondere Unübersichtlichkeit und einen maßlosen Mißbrauch des Verweisungssystems aus. Er leidet überdies an der begrifflichen Verkünstelung, welche aus der Unklarheit des Entwurfes über das Verhältnis von „Sache" und „Recht" entspringt und schon bei der Besprechung des Nießbrauches an Rechten beleuchtet ist[1]).

Gegenstand des Rechtspfandrechtes soll jedes Recht sein können, soweit es nicht unübertragbar ist (§ 1207). Im allgemeinen sollen auf dieses Pfandrecht die Vorschriften über das Faustpfandrecht „entsprechende Anwendung" finden (§ 1206). Hinsichtlich seiner Begründung aber und hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Pfandgläubiger und dem vermöge des verpfändeten Rechts verpflichteten Dritten gelangen die Vorschriften über die Übertragung des fraglichen Rechts (jedoch mit Ausnahme der den redlichen Pfanderwerb an beweglichen Sachen schützenden Bestimmungen) zu „entsprechender Anwendung" (§§ 1208—1209). Sofern hiernach zur Entstehung des Rechtspfandrechtes die Tradition einer Sache gehört, wird eine den Vorschriften über die Tradition der Sache selbst entsprechende Tradition, mithin leibliche Übergabe mit Ausschluß des constitutum possessorium verlangt (§ 1210). Bei Rechten dagegen, zu deren Veräußerung der Abtretungsvertrag genügt, wird noch ein weiteres Erfordernis der Pfandrechtsbegründung hinzugefügt, um eine gewisse Offensichtlichkeit der Verpfändung herzustellen. Dasselbe besteht bei Forderungen in der Anzeige des Verpfänders an den Schuldner (§ 1211), bei sonstigen Rechten lediglich in dem gerichtlichen oder notariellen Abschluß des Pfandvertrages

[1]) Vgl. in dieser Hinsicht auch Fuchs, Das Wesen der Dinglichkeit S. 92 bis 101.

(§ 1212). Man mag bei der Verpfändung einer Forderung in der Anzeige ein Äquivalent der Innhabung erblicken; nur müßte bei verbrieften Forderungen die Übergabe der Schuldurkunde erforderlich sein und ausreichen[1]). Dagegen kann die gerichtliche oder notarielle Vertragsform keineswegs einen hinreichenden Ersatz für den mangelnden Pfandbesitz bilden. Würde ein öffentliches Pfandregister eingerichtet, so böte die Eintragung in dasselbe sich auch hier als geeignetes Mittel der erforderlichen Kundmachung dar. So würde z. B. die Verpfändung eines Urheberrechts oder eines Erfinderrechts, die nach dem Entwurf durch einfachen gerichtlichen oder notariellen Pfandvertrag erfolgen und daher niemals volle Sicherheit vor älteren Ansprüchen gewähren kann, von der Eintragung in das Register abhängig zu machen sein. Die Verfügungsmacht des Eigentümers des Rechts (um diesen vom Entwurf verpönten Ausdruck zu gebrauchen) wird ebenso wie beim Nießbrauch durch das Pfandrecht am Recht beschränkt (§ 1213). Für ein Nutzungspfand, dessen Inhalt wieder durch Verweisung auf die „entsprechende Anwendung" verschiedener Paragraphen aus der Lehre vom Faustpfandrecht und vom Rechtsnießbrauch geregelt wird, soll hier lediglich im Falle der Verpfändung eines Sachnießbrauches unter Überlassung des Sachbesitzes vermutet werden (§ 1214). Die Befriedigung aus dem verpfändeten Recht soll mangels anderer Vereinbarung nur im Wege der Zwangsvollstreckung gesucht werden können (§ 1215)[2]). Hinsichtlich der Aufhebung des Rechtspfandrechtes wird lediglich die „entsprechende Anwendung" der Vorschriften über das Erlöschen des Faustpfandrechts durch Rückgabe der Sache in denjenigen Fällen, in denen die Begründung des Rechtspfandrechts von einer Sachtradition abhängig ist, besonders vorgeschrieben (§ 1216).

Specielle Bestimmungen fügt der Entwurf für das Forderungspfandrecht hinzu (§§ 1217—1223). Dieselben beruhen auf den drei Prinzipien, daß der Eigentümer der verpfändeten Forderung Gläubiger bleibt, jedoch in der Verfügungsmacht durch das Recht des Pfandgläubigers ähnlich wie beim Forderungsnießbrauch durch das Recht des Nießbrauchers eingeschränkt wird; daß der Pfandgläubiger beim Eintritt seiner Realisierungsbefugnis statt der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung die Befriedigung durch Selbsteinziehung der Forderung suchen

---

[1]) Zu weit in der Bekämpfung des Anzeigeerfordernisses geht Wernick S. 403—405. Für den Entwurf Cosack S. 81. — Über die Anwendung des § 1208 auf die Verpfändung von Hypotheken vgl. v. Meibom S. 344—345.

[2]) Hiergegen Cosack S. 82, der eine gerichtliche Ermächtigung genügen lassen will.

kann; daß im Falle der Einziehung der Forderung der geleistete Gegenstand an Stelle des Pfandes tritt. Bei den verwickelten Detailbestimmungen verliert der Entwurf sich hier in eine überaus abstrakt gehaltene Kasuistik. Bedenklich ist, daß unter den zum Schutz des Pfandschuldners getroffenen Anordnungen die Verbindlichmachung des Pfandgläubigers zur Sorgfalt bei der Einziehung der Forderung fehlt (Motive S. 863); die Selbsteinziehung müßte aber überhaupt, wie der Selbstverkauf beim Sachpfande, regelmäßig für unzulässig erklärt und gerichtliche Ermächtigung verlangt werden[1]).

Die Regeln über das Forderungspfandrecht sollen auf Pfandrechte an Eigentümerhypotheken und Grundschulden „entsprechende Anwendung" finden (§ 1224).

Allgemeine Sätze über das Pfandrecht an Wertpapieren stellt der Entwurf nicht auf. Er reproduziert nur den Satz des geltenden Rechts, daß zur Verpfändung eines Orderpapiers außer dem Pfandvertrage „die Übergabe des indossierten Papiers" erforderlich ist (§ 1225), woraus sich die Notwendigkeit der Eigentumsübertragung und somit die Unmöglichkeit eines wirklichen Pfandrechts ergiebt[2]). Und er bringt einige Sonderbestimmungen über das Pfandrecht an Inhaberpapieren (§ 1226)[3]). Auch hier hält er, wie die Motive versichern (S. 868), unter Ablehnung der Idee des Wertpapieres „prinzipiell" daran fest, daß ein Fall des Rechtspfandrechtes vorliegt. Trotzdem sollen auf die Begründung und Aufhebung des Pfandrechts sowie auf die Befriedigung aus demselben vielmehr die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen Anwendung finden. Bei Inhaberpapieren mit einem Börsen- oder Marktpreise wird hier der freihändige Verkauf zum Tageskurse gestattet. Zur Einziehung fälliger Leistungen aus dem Papier wird der Pfandgläubiger nicht nur berechtigt, sondern im Gegensatz zu dem beim Forderungspfandrecht angenommenen Prinzip auch verpflichtet. Ein Rätsel bleibt es, wie man sich das in § 1226 vorausgesetzte Pfandrecht an einem Inhaberpapier mit alleiniger Inhabung des Pfandgläubigers als ein Forderungspfandrecht vorstellen soll, während doch bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber nach dem Entwurf der Inhaber stets der wahre und einzige Gläubiger ist. Hier wie so oft scheitern die ungesunden Konstruktionen, die der Entwurf gewaltsam erzwingen will, an ihrer eignen Spitzfindigkeit.

[1]) So mit näherer Begründung auch Cosack S. 82 ff.

[2]) Vgl. Koch S. 50, der einige Ergänzungen wünscht.

[3]) Vgl. Koch S. 50—51, der die Abneigung des Entwurfes gegen den Begriff „Wertpapiere" auch hier tadelt und allgemeinere Bestimmungen wünscht.

Siebenter Abschnitt.

Das Familienrecht des Entwurfes.

Käme es nur auf juristischen Scharfsinn und kunstvolle Technik an, so würde dem Familienrecht des Entwurfes der Lorbeer gebühren. Der wirklichen Aufgabe eines deutschen Gesetzbuches wird dieses vierte Buch am wenigsten gerecht. Denn alle Eigenarten der Sprache und Fassung, die das unvolkstümliche Wesen des Entwurfes bedingen, treten gerade hier, wie schon früher hervorgehoben wurde, gehäuft und gesteigert auf[1]). Zur Warnung von „Laien", die etwa noch den Glauben hegen, daß mindestens die Gesetze über Familienverhältnisse auch für sie geschrieben seien, sollte man diesem Buche die letzte Zeile der Danteschen Hölleninschrift vorsetzen: Lasciate ogni speranza, voi che entrate. Der Inhalt der Rechtssätze ist freilich größtenteils deutscher Herkunft; von dem römischen Familienrecht ließ sich nur wenig unmittelbar übernehmen. Allein überall sind die deutschen Gedanken in das römische Begriffsschema eingezwängt und hierdurch ihrer freien Kraft beraubt. Der Entwurf ist weit davon entfernt, das Familienrecht als einen innerhalb des Privatrechts sich erhebenden Unterbau des Socialrechts aufzufassen und demgemäß aus der Idee der Familie heraus zu gestalten. Er geht nicht von der Familie, sondern von den Individuen aus, zwischen denen durch Ehe, Verwandtschaft oder Vormundschaft besondere Rechts-

[1]) Vgl. namentlich auch Mitteis über „Form und Sprache des Entwurfes", in dem Aufsatz über das eheliche Güterrecht desselben, Zeitschr. f. Privat- u. öff. Recht der Gegenw. Bd. 16 S. 548—554.

verhältnisse geknüpft werden. Nun ist zwar der weitere Verband der Sippe abgestorben. Allein die engere Einheit des Hauses ist noch heute lebendig. Das Haus ist noch immer ein aus Haupt und Gliedern bestehender Verband, der organische Grundbestandteil des socialen Körpers, der starke Träger der sittlichen und wirtschaftlichen Ordnung. Auch das Privatrecht muß, sobald es zur Familie emporsteigt, sich mit dem Gedanken der organischen Einheit des Hauses erfüllen. Ein Gesetzbuch, welches deutsch sein wollte, fände in der Hausgemeinschaft des deutschen Rechts die unserem Rechtsbewußtsein unverlorne Grundlage eines gesunden Familienrechts. Es müßte nicht nur die deutschrechtlichen Institute, in denen die Hausgemeinschaft sich als Rechtsgemeinschaft erhalten hat, sorgfältig pflegen, sondern gegenüber dem zersetzenden Einfluß, den das fremde Recht hier geübt hat, die Einheit des Hauses auf dem ganzen Gebiet des Familienrechts stärken und neu beleben. Keineswegs dagegen dürfte es durch vollkommene Verleugnung derjenigen Gemeinschaft, welche im Leben am gewaltigsten bindet und fast das einzige bisher unerschütterte Bollwerk gegen die Wogen des Individualismus bildet, von der Seite des Rechtes her die gesellschaftliche Auflösung fördern. Der Entwurf beschreitet diese gefährliche Bahn. Ihm ist nicht einmal der Begriff der Hausgemeinschaft bekannt. Er weiß auch im Familienrecht nur von mechanisch konstruierten Rechtsbeziehungen zwischen isolierten Einzelpersonen. Dabei entfaltet er freilich insofern neue und eigentümliche Rechtsbegriffe, als er die familienrechtlichen Gewalt- und Abhängigkeitsverhältnisse unter dem Gesichtspunkt der Rechte an fremder Persönlichkeit auffaßt. Allein er verdünnt nicht nur diese personenrechtlichen Grundverhältnisse zu vereinzelten Individualrechten, sondern löst auch ihre vermögensrechtlichen Wirkungen in der Form selbständiger sachenrechtlicher oder obligationenrechtlicher Institute von dem Stamm des Personenrechts ab. Und soweit es irgend angeht, stückelt er dann die innerhalb der Familie herrschende Ordnung aus Fragmenten des in den übrigen Büchern vorgetragenen Verkehrsrechts zusammen. So empfängt das ganze Familienrecht ein mosaikartiges Gepräge. Es entfaltet sich nicht aus einer eigentümlichen Idee, sondern entsteht aus der kunstvollen Zusammenfügung disparater Elemente zu einem verwickelten Normenkomplexe, der nur scheinbar ein einheitliches Ganze bildet, in Wahrheit dagegen des inneren Bandes entbehrt. Fast scheint es, als habe der Entwurf selbst mitunter sich die auflösende Kraft seines Verfahrens zum Bewußtsein gebracht und nach einem Gegengewicht gesucht. Vielleicht erklären sich hieraus einzelne rigorose Bestimmungen, welche das inhaltlich entkräftete Rechtsband äußerlich um so fester schlingen.

Der erste Abschnitt des vierten Buches behandelt die „Ehe"[1]) und regelt zunächst in einem ersten Titel die „Eingehung der Ehe".

Wenn hier die Lehre vom „Verlöbnis" (I) und somit das ganze Familienrecht mit dem Satze eingeleitet wird (§ 1227): „Durch das Verlöbnis wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Schließung der Ehe nicht begründet", — so haben wir diesen in gleicher Weise den guten Geschmack und das sittliche Gefühl verletzenden Mißgriff der Gesetzesfassung schon oben zurückgewiesen[2]). Sachlich sind wir mit der Versagung einer Klage auf „Schließung der Ehe" einverstanden. Allein wir glauben, daß unser Rechtsbewußtsein mit derselben Energie, mit der es jeden Zwang zur Erfüllung des Eheversprechens ausschließt, an der rechtlich bindenden Kraft des Verlöbnisses festhält. Hat doch der Entwurf selbst nicht den Mut gefunden, zum reinen römischen Recht zurückzukehren, sondern der nach der Einräumung der Motive (IV S. 3) im Volke lebenden Anschauung, welche den germanischen Begriff der Verlobung als eines zur Treue verpflichtenden Bandes niemals aufgegeben hat, ein erhebliches Zugeständnis gemacht. Denn er legt dem Verlobten, welcher grundlos zurücktritt oder den berechtigten Rücktritt des anderen Teils schuldhaft herbeiführt, die Verbindlichkeit auf, dem anderen Verlobten und dessen Eltern den Schaden aus den in Erwartung der Eheschließung gemachten Aufwendungen, eingegangenen Verbindlichkeiten und sonst getroffenen vermögensrechtlichen Verfügungen zu ersetzen (§ 1228). Mit der Gewährung dieses Ersatzanspruches aber, der nur gleich dem in höchst verkünstelter Form aufgenommenen Anspruch auf Rückgabe der Brautgeschenke (§ 1229) durch die kurze Verjährungsfrist von einem Jahre eingeschränkt wird (§ 1230), giebt der Entwurf selbst alle von den Motiven gegen die „rechtliche Verbindlichkeit" des Verlöbnisses vorgebrachten

---

[1]) Über das Eherecht des Entwurfes vgl. Bähr S. 530—545; Berolzheimer, Gutachten S. 295—322; Klöppel, Beitr. z. Erl. des deut. Rechts Bd. 33 S. 64—93 u. 338—344; Menger a. a. O. S. 28—34. — „Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf u. s. w." hat Hinschius, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 55—96, einer durchaus zutreffenden Kritik unterzogen. Ergänzungen hierzu bringt von Scheurl ebenda S. 387—398. — Hinsichtlich des ehelichen Güterrechts insbesondere ist namentlich der Aufsatz von Mitteis, Bemerkungen zum ehelichen Güterrecht nach dem Entwurf u. s. w., Zeitschr. f. Privat- u. öff. Recht der Gegenw. Bd. 16 S. 545—616, hervorzuheben. Einen vollständigen Gegenentwurf des ehelichen Güterrechts hat Bähr im Arch. f. bürg. Recht Bd. 1 S. 233—266 veröffentlicht.

[2]) Vgl. oben S. 43; dazu Artikel der Nationalzeitung Jahrg. 1888 Nr. 515, Hinschius S. 55 ff., Zitelmann S. 49 Anm. 65, Hanausek, Verh. des 20. Juristent. Bd. 1 S. 318.

Argumente preis. Woher anders als aus dem Bruch einer Rechtspflicht soll denn die Verpflichtung zum Schadenersatz stammen? Kann nicht auch durch die Furcht vor derartigen Ersatzleistungen die „Freiheit der Willensbestimmung bei der Eheschließung" beeinträchtigt werden? Und wird die Einmischung der Gerichte nun etwa vermieden? Geht man einmal soweit, so muß man auch weiter gehen und darf nicht bei einer halben Maßregel stehen bleiben, die nur geeignet ist, das Rechtsbewußtsein zu verwirren und kleinliche Streitigkeiten (etwa über den Zusammenhang der Anschaffung eines neuen Fracks oder neuer Kleider mit dem Verlöbnis oder über die Kosten von Besuchsreisen) hervorzurufen. Der schuldige Verlobte muß mit einer vollen Ausgleichungspflicht belastet werden, damit wenigstens in vermögensrechtlicher Hinsicht eine Sühne des Treubruches erfolge. Das Gericht muß die Ermächtigung empfangen, unter Würdigung aller Umstände auf eine Abfindung zu erkennen, bei welcher nicht bloß auf Ersatz für die zugefügten Vermögensnachteile, sondern auch auf Genugthuung für die erlittene Kränkung zu sehen ist[1]). Freilich mag dem treulos verlassenen und vielleicht um ihre ganze Zukunft betrogenen Mädchen mit einem Geldanspruche wenig geholfen sein. Allein die Rechtsordnung setzt sich mit den sittlichen Anschauungen des Volkes in Widerspruch, wenn sie nicht wenigstens das Ihrige thut, um die Folgen eines so tiefen und zerstörenden Eingriffes in fremdes Lebensschicksal dem Schuldigen aufzubürden. Daß in vielen Fällen namentlich innerhalb der höheren Gesellschaftsklassen die Erhebung von Geldansprüchen aus Zartgefühl unterbleibt, kann natürlich für die Gesetzgebung keinen Grund bilden, solche an sich gerechten Ansprüche ganz zu versagen. Unserem Volke würde das Verständnis für ein Recht fehlen, welches den Verlöbnisbruch als eine Bagatelle behandelt. Oder sollen wir etwa ernsthaft den nach der Versicherung der Motive (S. 3) erzielten „großen Vorteil" in Rechnung stellen, „daß die Aufstellung einer vollständigen Theorie des Verlöbnisses entbehrlich wird und die vielen damit verbundenen Schwierigkeiten vermieden werden"[2])? Wiegt dieser „Vorteil"

[1]) Hinschius, mit dessen Ausführungen wir im übrigen durchweg übereinstimmen, scheint S. 58 den Antrag des unschuldigen Verlobten auf das pekuniäre Erfüllungsinteresse einschränken zu wollen. Der angeführte Artikel der Nationalzeitung tritt für Ersatz des „Unbildenschadens" auch ohne Rücksicht auf direkte Vermögensschädigung ein. Wir haben uns schon oben S. 197 für die prinzipielle Anerkennung von Ersatzansprüchen wegen immateriellen Schadens erklärt.

[2]) Über diese geradezu erstaunliche Motivierung einer sachlichen Entscheidung hat auch Jastrow, Tägl. Rundschau 1888 Nr. 253 S. 1010, sein Befremden geäußert. Vgl. auch Berolzheimer S. 296.

die Verletzung des Rechtsgefühles auch nur in einem einzigen Falle auf? Wir fürchten aber, daß ein so laxes und unbilliges Verlöbnisrecht nicht bloß den Glauben an die Gerechtigkeit in weiten Kreisen schwächen, sondern im Laufe der Zeit auch auf die Sitte schädigend zurückwirken und schließlich sogar zur Abstumpfung der sittlichen Anschauungen beitragen würde[1].

In wesentlichem Anschluß an das geltende Recht normiert der Entwurf die „Ehehindernisse" (II). Zunächst erledigt er die trennenden Hindernisse. Als öffentliche trennende Hindernisse erkennt er nur die „Geschäftsunfähigkeit" (§ 1231)[2], das anderweite Eheband (§§ 1234—1235) und die Verwandtschaft und Schwägerschaft (§ 1236) an. Hinsichtlich der verbotenen Grade hält er sich an das bestehende Recht, aus dem er namentlich auch die Gleichstellung der unehelichen Verwandtschaft mit der ehelichen herübernimmt, ergänzt dasselbe jedoch durch die Bestimmung, daß auch die durch eine ungültige Ehe begründete Verschwägerung, sofern die Ungültigkeit nicht auf einem Formmangel bei der Eheschließung beruht, als Ehehindernis gelten soll. Wenn hiernach der Stiefvater die Stieftochter heiraten kann, falls sich nachträglich die Unzuständigkeit des bei der Trauung mit der Mutter fungierenden Standesbeamten ergiebt, dagegen die Ehe zwischen Verlobten für immer unmöglich wird, sobald der Sohn oder Vater des Bräutigams durch Betrug oder Drohung eine formgerechte Trauung mit der Braut erwirkt hat, so ist dies ein wenig befriedigendes Ergebnis. Dem natürlichen Gefühl würde, wenn die Frage überhaupt gesetzgeberisch entschieden werden soll, in beiden Fällen die Abhängigmachung des Eheverbotes von der thatsächlichen Vollziehung der Ehe entsprechen[3]. Zwischen diese öffent-

[1]) Auch v. Scheurl S. 388—389 ist dieser Ansicht; er verlangt Wahrung der deutschen Auffassung des Verlöbnisses als eines familienrechtlichen Bandes, gesetzliche Regeln über Eingehung und Lösung, ehehindernde Wirkung gegenüber Ascendenten und Descendenten des anderen Teils und mindestens einen Ausstattungsanspruch der geschwängerten Braut.

[2]) Gegen die hier zu Grunde liegende Auffassung vgl. Klöppel S. 70 bis 72, auch 77—78.

[3]) In diesem Sinne wäre die Sache ohne weiteres erledigt, wenn der Entwurf das allgemeine Eheverbot zwischen Personen, von denen die eine mit Ascendenten oder Descendenten der anderen Geschlechtsgemeinschaft gepflogen hat, aufnähme, wie dies v. Scheurl S. 390—392 mit schwer widerleglicher Begründung fordert. Dadurch würde auch die Ehe mit einem Abkömmling des anderen Ehegatten aus einer zweiten Ehe ausgeschlossen. — Als Ehehindernisse, wenn auch mit Vorbehalt der Dispensation und ohne trennende Wirkung, will v. Scheurl S. 392 auch das Verlöbnis mit einem Ascendenten oder Descendenten

lichen trennenden Hindernisse streut der Entwurf als private trennende Hindernisse den Mangel der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 1232) und den Mangel der Ehemündigkeit (§ 1233) ein, während man sonderbarerweise erst aus den späteren Vorschriften über Ungültigkeit der Ehe erfährt, daß auch Irrtum, Drohung und Betrug die Ehe anfechtbar machen[1]). Gesondert stellt er die bloß aufschiebenden Ehehindernisse dar. Daß er das Hindernis des Ehebruchs zu einem solchen herabdrücken will (§ 1237), wird von Hinschius mit Recht als ein Verstoß gegen die Anforderungen des sittlichen Bewußtseins in überwiegenden Kreisen der Nation gerügt[2]). Dagegen ist es zu billigen, daß von der bis zur Vollendung des fünfundzwanzigsten Lebensjahres erforderten elterlichen Einwilligung, sofern nicht die Ergänzung „beschränkter Geschäftsfähigkeit" in Frage steht, nur die Erlaubtheit, nicht die Gültigkeit der Eheschließung abhängen soll (§§ 1238—1239). Hätte man sich nur begnügt, das Erfordernis väterlicher oder mütterlicher Einwilligung mit dieser abgeschwächten Wirkung für großjährige (und nicht etwa entmündigte) Kinder aufzustellen! Statt dessen konstruiert der Entwurf die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und die elterliche Einwilligung als zwei vollkommen selbständig nebeneinander stehende Erfordernisse der Eheschließung. Hieraus ergiebt sich nicht nur eine überaus verkünstelte und schwer zu enträtselnde Fassung der einschlägigen Bestimmungen, sondern auch für die Fälle, in denen der zur Einwilligung berufene Elternteil nicht zugleich als „Inhaber der elterlichen Gewalt" der „gesetzliche Vertreter" ist, ein unnötig verwickeltes Verhältnis[3]). Bei den übrigen aufschiebenden Ehehindernissen — der Adoptivverwandtschaft (§ 1240), der Wartezeit (§ 1241), der nicht erfolgten Vermögensauseinandersetzung mit Kindern aus einer früheren Ehe

des anderen Teils und das Verhältnis des Neffen zur Vater- oder Mutterschwester anerkannt wissen. Vgl. auch Zróbkowski S. 49.

[1]) Über die Mängel dieser Anordnung vgl. Hinschius S. 65, Klöppel, S. 81. — Welcher verwickelten Operationen es bedarf, um Sinn und Tragweite der wenigen Zeilen des § 1232 Abs. 1 zu erschließen, hat Hinschius S. 68—69 dargelegt.

[2]) Vgl. Hinschius S. 66—67. Gegen die Zulassung der Dispensation Zróbkowski S. 50.

[3]) Vgl. Hinschius S. 73—75. — v. Scheurl S. 394 will auch den Großeltern und den leiblichen Eltern bezw. Großeltern im Falle der Wiederaufhebung einer Adoption das Einwilligungsrecht geben. Bei der gerichtlichen Entscheidung verlangt er die Zuziehung eines Familienrats. Klöppel S. 81 will die Entscheidung dem Prozeßrichter ganz entziehen und einem aus dem Richter, dem Seelsorger und Angehörigen gebildeten Ehegericht übertragen.

(§ 1242) und dem Mangel höherer Erlaubnis für Militärpersonen und Landesbeamte und der landesgesetzlichen Voraussetzungen für die Verheiratung von Ausländern (§ 1243) — entfernt der Entwurf sich nicht vom bestehenden Recht.

Hinsichtlich der „Eheschließung" (III) hält der Entwurf an der obligatorischen Civilehe fest und wiederholt mit einigen Abänderungen die Vorschriften des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 über die Eheschließung vor dem Standesbeamten (§§ 1245—1249). Bedenklich ist die vorgeschlagene Herabminderung der bisher wesentlichen Formvorschrift für die abschließende Erklärung des Standesbeamten zu einer bloß instruktionellen Anweisung an den Standesbeamten[1]). Auch hätte der Entwurf die Aufnahme der gesetzlichen Bestimmungen über das Aufgebot vor der Ehe nicht ablehnen dürfen (Hinschius S. 59—60).

Durch eine ganz besonders künstliche und schwerfällige Fassung zeichnen sich die Vorschriften über „Ungültigkeit der Ehe" (IV) aus. Der Entwurf unterscheidet hier wie bei Rechtsgeschäften überhaupt zwei Arten von „Ungültigkeit": „Nichtigkeit" und „Anfechtbarkeit". Er verbindet jedoch mit diesen Begriffen hier insofern einen abweichenden Sinn, als er die Geltendmachung der Ungültigkeit der Ehe regelmäßig nur im Wege einer besonderen Klage verstattet. Hiervon macht er nur bei der Nichtigkeit wegen Formmangels eine durchgreifende Ausnahme, indem er eine aus diesem Grunde ungültige Ehe den gewöhnlichen Regeln über nichtige Rechtsgeschäfte unterwirft (§§ 1250 Z. 1, 1252, 1257, 1258, 1562). Diese Ausnahme, die bei einer schlechthin formlosen Ehe gerechtfertigt ist, verstößt in ihrer Erstreckung auf eine äußerlich in standesamtlicher Form geschlossene, jedoch wegen innerer Formmängel nur scheinbar formgerechte Ehe gegen alle Billigkeit. Wenn beispielsweise der Standesbeamte außerhalb seines Amtsbezirkes fungiert hat (§ 1245 Abs. 2) oder in Wahrheit nicht mehr Standesbeamter war oder durch eine hierzu nicht befähigte Person vertreten wurde oder Zeugen nicht zugezogen sind oder die abschließende Erklärung des Standesbeamten unterblieben ist (§ 1248), so ist es doch eine unerträgliche Konsequenz, daß nun die Ehegatten jederzeit ohne weiteres auseinandergehen können, die Wirkungen einer Putativehe niemals eintreten, die Heirat mit der Schwiegermutter oder dem Schwiegerkinde und mit dem Stiefkinde zulässig ist und die Kinder aus einer Ehe, welche vielleicht bis zum Tode beider Eltern von diesen

[1]) Vgl. Hinschius S. 60—62. — Klöppel S. 79—80 will eine Eheschließung vor dem Standesbeamten, nicht durch ihn, so daß dessen Erklärung ganz wegfällt.

selbst und von jedermann sonst für eine rechte Ehe gehalten wurde, auf Grund der nachträglichen Entdeckung des Formfehlers unweigerlich als uneheliche Kinder behandelt werden müssen! Derartige Formfehler kommen bekanntlich häufig vor und bleiben oft lange Zeit hindurch verborgen. Darf da der Gesetzgeber die Rücksicht auf Sittlichkeit und Sitte, auf die gutgläubigen Ehegatten und auf die Kinder so vollständig beiseite setzen, wie es der Entwurf in seinem doktrinären Radikalismus thut? Die Motive entschuldigen dieses Verfahren lediglich mit theoretischen Erwägungen auf Grund selbstgeschaffener Dogmen. Ihnen gegenüber wird man mit Hinschius verlangen müssen, daß eine wegen Formmangels nichtige Ehe, sobald nur überhaupt eine Eheschließung vor einem Standesbeamten oder vor jemandem, den die Verlobten oder einer derselben für einen Standesbeamten hielten, stattgefunden hat, auf gleichem Fuße mit anderen nichtigen Ehen behandelt werde[1]). Im übrigen führt der Entwurf den Grundsatz durch, daß sowohl nichtige als anfechtbare Ehen solange als gültig anzusehen sind, bis sie aufgelöst oder für ungültig erklärt sind (§ 1252 Abs. 1 und § 1260 Abs. 1). Als nichtig erachtet er die Ehe, wenn ein öffentliches trennendes Hindernis vorliegt (§§ 1250—1251), als anfechtbar, wenn ein privates trennendes Hindernis begründet ist (§ 1259). Die Geltendmachung der Ungültigkeit der Ehe erfolgt in dem einen Falle durch die Nichtigkeitsklage, welche nicht nur jeder Ehegatte, sondern auch der Staatsanwalt und ein direkt beteiligter Dritter erheben kann (§§ 1253—1256), in dem anderen Falle durch die Anfechtungsklage, welche nur dem Ehegatten, in dessen Person das Ehehindernis begründet ist, zusteht und durch nachträgliche Heilung des Mangels kraft Genehmigung oder Dispensation sowie durch Ablauf der sechsmonatlichen Anfechtungsfrist ausgeschlossen wird (§§ 1260—1269). Beide Klagen finden nach Auflösung der Ehe nicht mehr statt. Während aber die Nichtigkeit einer aufgelösten Ehe in beliebiger Weise geltend gemacht werden kann (Motive S. 58), ist die Anfechtung einer aufgelösten Ehe regelmäßig überhaupt nicht mehr möglich und nur im Falle der Auflösung durch den Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Ehegatten im Wege einer Willenserklärung an das Nachlaßgericht zulässig (§§ 1262 und 1266 Abs. 2). Sobald die Ungültigkeit einer Ehe nach Maßgabe dieser Vorschriften gehörig konstatiert ist, soll es ohne Unterschied nichtiger und anfechtbarer Ehe so angesehen werden, „als ob die Ehe nicht geschlossen wäre" (§ 1252 Abs. 2 und § 1260 Abs. 2); doch werden die

[1]) Vgl. Hinschius S. 63—65 u. 76—77. Scharf erklärt sich auch Klöppel S. 72—77 gegen diesen unerträglichen Mißgriff des Entwurfes.

Rechtswirkungen der Ehe auch jetzt zu Gunsten gutgläubiger Dritter aufrechterhalten (§§ 1251 und 1270), und im Falle der Putativehe kann der gutgläubige Ehegatte gegenüber dem bösgläubigen Ehegatten nach seiner Wahl hinsichtlich der vermögensrechtlichen Folgen statt der Annullierung der Ehewirkungen die Behandlung der Ehe als einer durch Schuld des anderen Teiles geschiedenen Ehe verlangen (§§ 1258 u. 1270). Zur Ergänzung des Systems der Nichtigkeits- und Anfechtungsklage dient die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien (§ 1271). Giebt man die Grundgedanken des Entwurfes einmal zu, so wäre gegen die Regelung des Details nicht allzuviel einzuwenden, wenn nicht die Formulierung der meisten Vorschriften über nichtige und anfechtbare Ehen darauf angelegt schiene, die Geduld des Lesers auf die Probe zu stellen, dem Laien das Verständnis unmöglich zu machen, dem Rechtskundigen mühsam zu lösende Rätsel aufzugeben und die künftige Praxis zu verderben[1]). Das Schlimmste leistet der Entwurf, wie Hinschius S. 69—72 mit gerechter Ironie gezeigt hat, in dieser Hinsicht bei der in § 1259 Z. 1 und 2 nachgeholten Anerkennung und Begrenzung der Ehehindernisse der Drohung, des Betruges und des Irrtums. Denn nur um seinen Dogmen treu zu bleiben, schränkt er die Anfechtbarkeit der Ehe wegen Irrtums auf die Fälle des Irrtums über das Rechtsgeschäft der Eheschließung und über die Person des andern Teiles ein, erweitert aber nun, weil er dem Irrtum über vorausgesetzte wesentliche Eigenschaften (z. B. bei mangelnder Jungfräulichkeit, Impotenz, unheilbarer ekelhafter Krankheit, begangenen entehrenden Verbrechen) unmöglich jede Beachtung versagen kann, in wahrhaft verletzender Weise die Anfechtbarkeit der Ehe wegen Betruges. „Als Betrug, durch welchen einer der Eheschließenden von dem anderen Teile widerrechtlich zur Eheschließung bestimmt worden, ist es insbesondere anzusehen, wenn ihm solche persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse des anderen Teiles von diesem verhehlt sind, welche ihn bei verständiger Würdigung des Zweckes der Ehe von der Eheschließung abhalten mußten und von welchen vorauszusehen war, daß sie ihn, wenn er sie gekannt hätte, von der Ehe-

[1]) Man vgl. die ausführliche Analyse der Fassung von § 1251 und § 1263 Abs. 3 bei Hinschius S. 75—79. Aber auch die Redaktion der §§ 1252 und 1260 mit ihren nur aus eingehendem Studium des Allgemeinen Teils verständlich werdenden Nuancen beruht auf einem unerlaubten Versteckspiel. Wie schwerfällig ferner präsentieren sich die §§ 1257 und 1258, wie geschmacklos der § 1270! Und wie undurchsichtig und überkünstlich ist die Stellung von § 1266 zu den §§ 1260—1265! — Sachliche Abänderungen wünscht v. Scheurl S. 394—396 zu § 1251 und § 1264, sowie hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Scheinehen durch Dritte.

schließung abgehalten haben würden." Also eine gesetzliche Verpflichtung zur Selbstdenunziation und bei Verletzung derselben eine Fiktion des begangenen Betruges!

Der zweite Titel des Eherechts beschäftigt sich mit den „Wirkungen der Ehe" und bringt zunächst „allgemeine Vorschriften" (I).

Der Entwurf erkennt Recht und Pflicht der ehelichen Lebensgemeinschaft an, ordnet einzelne Folgen derselben und gewährt eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (§§ 1272—1276)[1]. Daß er der Ehefrau zwar den Namen, aber nicht den Stand des Ehemanns zuspricht, haben wir schon oben (S. 85) als Mißgriff bezeichnet. Eine andere, der Ausfüllung dringend bedürftige Lücke besteht in dem Mangel jeder festen Regelung der Fälle, in denen die Ehefrau dem Manne bei einer Verlegung des Wohnsitzes nicht zu folgen braucht (vgl. Hinschius S. 82—84). Im übrigen ist es zu billigen, daß der Entwurf sich auf eine Specialisierung der gegenseitigen persönlichen Rechte und Pflichten nicht einläßt, sondern nur im allgemeinen dem Ehemanne das entscheidende Wort in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten, der Ehefrau aber das Recht und die Pflicht der Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens und je nach dem Stande des Mannes auch die Pflicht zu häuslichen Arbeiten und geschäftlicher Hülfeleistung auferlegt. Wenn Hinschius S. 74—81 auch diese Bestimmungen für überflüssig und wegen der Unmöglichkeit eines geeigneten Rechtszwanges für irreführend erklärt, so können wir ihm hierin nicht beipflichten. Das Gesetzbuch spricht nicht bloß zum Richter, sondern in erster Linie zum Volke. Es thut wohl daran, die Grenzen zu bezeichnen, innerhalb deren die aus dem Wesen der Ehe folgenden sittlichen Pflichten zugleich Rechtspflichten sind. Schweigt es darüber, so erregt es leicht den irrigen Schein, als handle es sich dabei lediglich um Gebote der Moral. Vielleicht wäre es sogar angemessen, noch einen Schritt weiter zu gehen und auch einen allgemeinen Hinweis auf die gegenseitige Treupflicht und auf die gegenseitige Beistandspflicht in das Gesetzbuch aufzunehmen[2]).

---

[1]) Nicht mit Unrecht tadelt Klöppel S. 83—86 die den Entwurf beherrschende Tendenz nach übertriebener Gleichstellung der Geschlechter, bei der man von „Gehorsam" der Frau nicht mehr zu sprechen wagt. Ob freilich dem Manne, dem eine junge Frau davonläuft, mit dem ihm von Klöppel zugedachten Recht zwangsweiser Zurückführung viel geholfen wäre, mag man billig bezweifeln. — Dagegen findet L. Goldschmidt S. 154 in § 1273 Abs. 1 umgekehrt eine zu starke Betonung des Rechtes des Mannes.

[2]) Entbehrlich und in seiner Unbestimmtheit bedenklich ist nur der Abs. 2 des § 1273, der allerdings mit der Befreiung der Ehefrau von der Folgeleistungs-

Das **ehemännliche Mundium** will der Entwurf beseitigen. Bei seiner romanistischen Grundrichtung war dies um so weniger anders zu erwarten, als leider schon die Civilprozeßordnung mit der Verleihung der Prozeßfähigkeit an die Ehefrau vorangegangen ist. Der Entwurf fügt die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit der Ehefrau hinzu. Nur zu einem Rechtsgeschäft, „durch welches sie zu einer in Person zu bewirkenden Leistung sich verpflichtet", — also zu einem Dienstvertrage, einem Gesellschaftsvertrage, einem Werkvertrage, der Übernahme eines Auftrages u. s. w., sofern sie persönlich zu leisten hat, — soll die Frau der Einwilligung des Mannes bedürfen. Doch erklärt der Entwurf, um das „große Prinzip" der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau nicht zu durchbrechen (Motive S. 111), auch ein solches Geschäft mangels Einwilligung des Mannes nicht für unwirksam, sondern gewährt nur dem Manne ein höchst persönliches Anfechtungsrecht, durch welches derselbe die Aufhebung des Geschäftes für die Zukunft und die Verwandlung des Anspruchs auf rückständige persönliche Leistungen der Frau in einen Schadenersatzanspruch herbeiführen kann (§ 1277). Nicht als Mundwalt der Frau also, sondern zur Wahrung seiner eignen „Rechte auf ihre Person" empfängt der Mann diesen Rest von hausherrlicher Gewalt. Folgerichtig wird er zugleich jeder gesetzlichen Vertretungsmacht für die Frau entkleidet und bedarf nun stets einer besonderen Vollmacht, um vor Gericht oder außer Gericht für sie zu handeln (Motive S. 120). Liegt denn aber wirklich ein triftiger Grund zu diesem vollständigen Bruch mit dem im größten Teil Deutschlands erhaltenen deutschen Rechte vor? Ist es ein unabweisliches Bedürfnis, die Ehefrau, welche nicht Handels- und Gewerbefrau ist, in den Geschäftsverkehr einzuführen, ihr die selbständige Verpflichtungsfähigkeit mit Einschluß der Wechselfähigkeit zu verleihen, den Ehemann zum passiven Zuschauen bei allen möglichen geschäftlichen Operationen seiner Frau zu verurteilen? Entspricht es unserem deutschen Rechtsbewußtsein, daß der Mann nicht mehr als der geborene Vertreter der Frau gelten soll, sondern für sie nur in gleicher

pflicht, falls die Entscheidung des Mannes „sich als ein mit der rechten ehelichen Gesinnung nicht vereinbarer Mißbrauch der Rechte des Ehemanns darstellt", einen Zankapfel zwischen die Gatten wirft und dem Richter Unmögliches zumutet; vgl. auch Klöppel S. 80. — Nebenbei sei auf die sonderbare Blüte aufmerksam gemacht, die der Verweisungsstil in § 1276 treibt. Daß der Rechtsstreit über Herstellung des ehelichen Lebens von den Ehegatten nur in Person geführt werden kann, hierbei aber auch der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte prozeßfähig ist, hätte sich offenbar mit einer geringeren Anzahl von Worten direkt sagen lassen als durch die umständliche Verweisung auf entsprechende Anwendung der Vorschriften des § 1254 unter Hinzufügung einer die Hälfte dieser Verweisung widerrufenden „Maßgabe".

Weise wie für Herrn X und Y als Mandatar oder negotiorum gestor auftreten kann? Einer solchen Rechtsordnung liegt die römische, nicht die deutsche Auffassung der Ehe zu Grunde! Es sind die letzten Konsequenzen des Individualismus, die hier gezogen werden. Mann und Frau treten nicht mehr in irgend einer Verbundenheit, sondern als zwei vollkommen getrennte und nur mit gewissen Rechten an fremder Person und an fremdem Vermögen gegeneinander ausgestattete Einzelpersonen in die Rechtswelt ein. Von einer nach außen wirkenden personenrechtlichen Gemeinschaft der Ehegatten, von einem Ehepaare, das als solches zu nehmen wäre, weiß der Entwurf nichts. Er glaubt mit der Beseitigung der ehemännlichen Gewalt lediglich ein Überbleibsel der veralteten Geschlechtsvormundschaft zu tilgen und die deutschen Frauen von einer nicht mehr zeitgemäßen Fessel zu befreien. Es entgeht ihm völlig, daß wenn die ehemännliche Muntschaft auch nach dem Wegfall der Unmündigkeit der Weiber sich fast in ganz Deutschland in der einen oder anderen Form erhalten hat, darin ein ganz anderer Gedanke fortwirkt; daß es sich dabei heute lediglich noch um die Rechte und Pflichten des Hauptes der ehelichen Gemeinschaft handelt, deren Einheit nicht durch eine gesonderte zwiespältige Geschäftsthätigkeit zerrissen werden soll; daß aber die Behandlung der Ehegatten als eines zur Personeneinheit verbundenen und im Rechtsverkehr regelmäßig durch das Gemeinschaftshaupt dargestellten Menschenpaares auch heute unseren deutschen Sitten und Anschauungen entspricht. Gerade aus diesem Gedankengehalt des Rechtsinstitutes der ehemännlichen Muntschaft ergiebt sich dann zugleich, daß auch die Frau im Bereiche ihres häuslichen Wirkungskreises und darüber hinaus in Fällen der Unfähigkeit oder Verhinderung des Mannes zur selbständigen Darstellung der ehelichen Gemeinschaft berufen ist. Und es leuchtet ferner sofort ein, daß von dem normalen Verhältnis Abweichungen zugelassen werden müssen, um einer besonderen Sachlage gerecht zu werden, die eine getrennte Geschäftsthätigkeit der Gatten wünschenswert macht; daß daher der Frau die selbständige Geschäftsfähigkeit im Bereiche eines mit Einwilligung des Mannes getriebenen Erwerbsgeschäftes, im Umfange sonstiger vertragsmäßiger Einräumungen und hinsichtlich eines etwaigen Vorbehaltsgutes gebührt; daß endlich im Falle einer durch Unfähigkeit oder Mißwirtschaft des Mannes notwendig gewordenen Vermögenssonderung die Frau durchaus auf sich selbst gestellt werden muß. Allein in allen diesen Punkten kommen ja die geltenden deutschen Partikularrechte, welche dem deutschen Recht treu geblieben sind, den Bedürfnissen des Lebens bereitwillig entgegen. Ihre Bestimmungen gehen freilich nicht nur im einzelnen vielfach auseinander, sondern lassen auch oft die nötige Klarheit über den

entscheidenden Grundgedanken vermissen. Allein der Entwurf hätte nur das Facit zu ziehen und das Recht, nach dem die weit überwiegende Mehrheit unseres Volkes lebt, im Geiste des Gemeinschaftsgedankens auszubauen gebraucht, um anstatt der vorgeschlagenen Romanisierung der Ehe ein kräftiges deutsches Volksrecht zu schaffen[1]).

Der Ehefrau gewährt der Entwurf die Schlüsselgewalt (§ 1278). Auch dieses deutschrechtliche Institut aber verdirbt er durch eine romanistische und somit schlechthin individualistische Konstruktion[2]). Die Führung des Hauswesens wird nicht als eine gemeinschaftliche Angelegenheit, sondern als alleiniges Geschäft des Mannes aufgefaßt. Wenn die Ehefrau in ihrem häuslichen Wirkungskreise handelt, vertritt sie nicht die eheliche Gemeinschaft, sondern besorgt fremde Geschäfte und gilt als Stellvertreterin des Mannes. Verschiedene Regeln über den „Auftrag" finden „entsprechende Anwendung". Es wird eine besondere Vermutung dafür aufgestellt, daß die Frau ein innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises abgeschlossenes Rechtsgeschäft „im Namen des Ehemannes" vorgenommen hat. Der Mann kann einseitig das Recht der Frau beschränken oder entziehen, die Frau jedoch, falls darin „ein Mißbrauch des Rechtes des Ehemannes" liegt, mit der Klage auf „Herstellung des ehelichen Lebens" ihr Recht zurückfordern. Welche künstliche Verkehrung eines natürlichen Verhältnisses! Welche Mißachtung des organischen

---

[1]) Gegen die Beseitigung der ehemännlichen Munt und den unglücklichen Ersatz derselben durch § 1277 auch Klöppel S. 88. — Man vgl., ferner Brühl, Die Arbeit der Ehefrau im Entwurf u. s. w., Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 74 S. 399—421, in Verbindung mit dem Aufsatz desselben Verfassers über die eheliche Nutznießung im Entwurf u. s. w., ebenda Bd. 73 S. 408—428. Brühl erkennt als Hauptfehler des Entwurfes die undeutsche Auffassung der Ehe und die Einführung des römischen Totalrechtsgedankens; er bekämpft lebhaft die Gleichstellung des „ehelichen Vermögensrechts" mit dem „reinen Vermögensrecht" und die Anwendung der gewöhnlichen sachenrechtlichen und obligationenrechtlichen Kategorieen; doch will er an Stelle hiervon zwar das personenrechtliche Verhältnis zwischen den Ehegatten als Ausgangspunkt und Maßstab aller vermögensrechtlichen Beziehungen statuieren, versäumt aber die Ausgestaltung des Gedankens der personenrechtlichen Gemeinschaft; so gelangt er zu der Forderung, daß die selbständige Geschäftsfähigkeit der Frau streng durchgeführt, ihr freies Recht auf die eigene Arbeitskraft durch Streichung von § 1277 (dessen unerquickliche Folgen er Bd. 74 S. 408 ff. gut darlegt) und auch von § 1275 Abs. 2 (ebenda S. 413) verwirklicht und nur durch ein personenrechtliches und somit gegen Dritte wirksames Herrschaftsrecht des Mannes über das Arbeitsvermögen der Frau in dem für die Zwecke der Ehe erforderlichen Umfange ersetzt werde (ebenda S. 411 bis 412 u. 416 ff.). — Für den Entwurf Mitteis S. 554—555 u. 560—561.

[2]) A. M. Mitteis S. 555.

Wesens der ehelichen Gemeinschaft! Welche gewaltsame Auseinanderzerrung dessen, was zusammengehört! Immerhin wird wenigstens der Sache nach die Frau in ihrer Eigenschaft als Hausfrau zu einer Repräsentanz berufen, die dem Mann in seiner Eigenschaft als Hausherr schlechthin versagt wird. Dagegen verwirft der Entwurf wiederum die jetzt in fast ganz Deutschland anerkannte weitergehende Vertretungsmacht der Frau im Falle der Verhinderung des Mannes durch Krankheit oder Abwesenheit. Die Motive geben zu, daß das bisherige Recht der natürlichen Auffassung entspricht: sie meinen aber, die Vorschriften über negotiorum gestio, über ungerechtfertigte Bereicherung(!), über Vormundschaft und über Pflegschaft würden in den meisten Fällen dem Bedürfnis genügen (S. 121). Und vor allem giebt es ja einzelne Rechtsgebiete, in denen das römische Recht den deutschen Gedanken erstickt hat. Wie kann man ihnen eine Rückkehr zu dem überwundenen Standpunkt einer organischen Gemeinschaft, als deren Mitträgerin die Frau das behinderte Haupt zu ersetzen hat, zumuten wollen?

Daß der Entwurf das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten und die Einschränkungen der Intercessionen der Ehefrau zu Gunsten des Ehemannes beseitigt (Motive S. 113—117), verdient an sich Billigung[1]). Freilich würden diese römischrechtlichen Schutzmaßregeln erst dann ihre Daseinsberechtigung vollkommen einbüßen, wenn das eheliche Verhältnis im ganzen deutsch und nicht römisch geordnet wäre.

Durch eine Reihe weiterer Bestimmungen ermäßigt der Entwurf die Sorgfalt, welche die Ehegatten einander in Vermögensangelegenheiten schulden, zur diligentia quam in suis (§ 1279)[2]), regelt die Unterhaltspflicht des Mannes gegenüber der Frau (§ 1280) und die subsidiäre Unterhaltspflicht der Frau gegenüber dem Manne (§ 1281) und stellt im Anschluß an die praesumtio Muciana eine Vermutung für das Eigentum des Mannes an allen in der Inhabung eines oder beider Gatten befindlichen Sachen mit Ausnahme der ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Gegenstände auf (§ 1282). Daß diese Vermutung nicht bloß den Gläubigern gegenüber[3]), sondern auch im Verhältnis der Ehegatten zueinander gelten soll, ist eine auf keine Weise zu rechtfertigende Unbilligkeit, die mit der Unbilligkeit des

[1]) Vgl. Klöppel a. a. O. Bd. 33 S. 339.

[2]) Vgl. Mitteis S. 561.

[3]) Ihnen gegenüber will Mitteis S. 555—560 aus guten Gründen die Vermutung auch auf Forderungen ausdehnen und der Frau den Beweis des Erwerbes aus eignen Mitteln auferlegen.

vom Entwurfe aufgestellten ehelichen Güterrechts gegen die Frau zusammenhängt.

Dieses „eheliche Güterrecht", das der Entwurf in dem von den Wirkungen der Ehe handelnden Titel unter II als gesetzlichen Güterstand normiert, ist das System der Gütertrennung mit „ehelicher Nutznießung und Verwaltung" des Mannes an allem nicht vorbehaltenen Frauengut sowie mit Alleineigentum des Mannes an der ehelichen Errungenschaft und alleiniger Verbindlichkeit desselben zur Tragung der ehelichen Lasten. Die Motive schmücken es freilich mit dem Namen der „deutschrechtlichen Verwaltungsgemeinschaft" (S. 156 ff.). Indes ist von einer „Gemeinschaft" dabei nichts zu spüren. Da das ehemännliche Mundium beseitigt ist, fehlt es für die vermögensrechtlichen Befugnisse und Pflichten des Mannes an der personenrechtlichen Grundlage, welche bei der alten „Gewere zur rechten Vormundschaft" gegeben war und auch bei den neueren Systemen des „ehemännlichen Nießbrauches" nicht ganz verschwunden ist. Der Mann erscheint juristisch überhaupt nicht mehr als Gemeinschaftshaupt mit einer ihm im gemeinsamen Interesse des Ehepaares anvertrauten Verwaltung der zu diesem Zwecke verbundenen Güter, sondern empfängt eine Anzahl selbständiger Rechte an fremden Sachen nebst angehängten Forderungsrechten und Schuldverbindlichkeiten, wobei er durchaus nur als Träger einer von der Individualsphäre der Frau gesonderten eignen Individualsphäre behandelt wird. Sowenig wie von einer „Gemeinschaft" kann man daher von einer „Güterverbindung" oder „Gütereinheit" im Sinne des deutschen Rechtes sprechen. Denn weder von einer „Verbindung" noch von einer „Einheit" ist irgend etwas zu merken. Die Motive bedienen sich dieser Ausdrücke nur, um die vorgeschlagene Ordnung schmackhafter zu machen[1]).

Unter der Überschrift „Ehegut und Vorbehaltsgut" (1) vollzieht der Entwurf zunächst die Abgrenzung des der Nutznießung und Verwaltung des Mannes unterworfenen Frauenvermögens, das er un-

[1]) Gegen die Losreißung der ehelichen Nutznießung von der personenrechtlichen Grundlage vgl. Brühl a. a. O. Bd. 73 S. 408—428 und Mitteis S. 582—596; beide wollen ein an die Gewere zur rechten Vormundschaft anknüpfendes, wennschon abgeschwächtes mundschaftliches Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes am Vermögen der Frau substituieren. Bähr behält in seinem Gegenentwurf S. 241—251 die Grundlage des Entwurfes bei, will aber das Recht des Mannes unter dem Namen „eheherrliche Nutznießung" bezw. „eheherrliches Recht" einheitlicher und einfacher gestalten (§§ 14—36).

passend „Ehegut" nennt. Dasselbe besteht aus allem nicht besonders ausgenommenen Vermögen, das die Frau in die Ehe einbringt oder während der Ehe erwirbt (§ 1283). Doch bleibt im Falle der Eheschließung einer minderjährigen oder sonst in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Frau ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters die Verwandlung ihres Vermögens in Ehegut bis zur Heilung des Mangels suspendiert (§ 1284). Auch werden die ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen (z. B. Kleidung und Schmuck) zwar im übrigen als Ehegut behandelt, jedoch der „ehelichen Nutznießung" entzogen (§ 1285). Den Gegensatz des Ehegutes bildet das „Vorbehaltsgut" der Frau, welches von dem ehelichen Verhältnis überhaupt nicht ergriffen wird und nicht einmal einen Beitrag zur Bestreitung der ehelichen Lasten zu leisten hat. Es kann durch Ehevertrag oder Zuwendung eines Dritten begründet werden, umfaßt aber auch den Erwerb der Frau aus einem Rechtsgeschäft, dessen Genehmigung der Mann verweigert, aus selbständiger Arbeit und aus dem selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes und nimmt überdies die Erträge und Surrogate von Vorbehaltsgut in sich auf (§§ 1286—1291). Die Ausdehnung der Vorbehaltsgutseigenschaft auf den erwähnten eignen Erwerb der Frau zerreißt die Einheit der Ehe. Freilich wird damit der Frau eine gewisse Kompensation für den Ausschluß von der gesamten ehelichen Errungenschaft gewährt. Allein welche Ungerechtigkeit liegt darin, daß die sich dem Hauswesen oder dem Geschäft widmende Frau keinen Pfennig zugleich für sich erarbeitet, die als Schriftstellerin, Sängerin, Händlerin u. s. w. thätige Frau umgekehrt von ihrem Erwerbe keinen Pfennig für den gemeinsamen Haushalt und die Erziehung der Kinder herzugeben braucht. Die Motive meinen, der Mann könne ja insoweit, als die Frau behufs des selbständigen Erwerbes solche Rechtsgeschäfte vornehmen müsse, die an seine Einwilligung gebunden seien, diese Einwilligung an beliebige Bedingungen und so auch an die Zusage eines Beitrages zu den Ehelasten knüpfen. Allein was ist das für eine Eheordnung, welche die Eheleute anweisen muß, miteinander zu markten und zu feilschen, damit die gesetzliche Regel unschädlich werde! Dazu nehme man die Unsicherheit der Grenzen zwischen den der ehemännlichen Einwilligung bedürftigen und den ihrer nicht bedürftigen Rechtsgeschäften, die Unwürdigkeit des hierbei ausschlaggebenden Gesichtspunktes der ehemännlichen Rechte an der Person der Frau, den in § 1288 statuierten geschäftsmäßigen Verkehr der Eheleute über Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung mit Fristensetzung und Kontumacialfolgen — und man wird sich ein

Bild von den ehelichen Zuständen machen können, auf deren Herbeiführung diese Vorschriften über Vorbehaltsgut abzielen[1]).

Die „Nutznießung des Eheguts" (2) regelt der Entwurf durch Verweisung auf die Vorschriften über den gewöhnlichen Nießbrauch (§ 1292) unter Hinzufügung einer Reihe von Modifikationen (§§ 1293 bis 1299). Der Nießbrauch soll hier nur das jeweilige Ehegut ergreifen; an verbrauchbaren Sachen soll das Eigentum bei der Frau verbleiben, sofern sie nicht dasselbe dem Manne besonders übertragen hat; wegen des Werterſatzes für ordnungsmäßig verbrauchte oder veräußerte verbrauchbare Sachen und für zu viel gezogene Früchte soll der Mann zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet sein; die Frau soll unter Umständen die sofortige Erfüllung einer den Mann erst bei Beendigung des Nießbrauches treffenden Ersatzpflicht behufs Befriedigung eines Ehegutsgläubigers fordern können; dem Manne wird gegenüber der Frau außer den dem Nießbraucher zur Last fallenden Erhaltungskosten die Bestreitung bestimmter als Verwaltungskosten behandelter Lasten und Abgaben, Versicherungsbeiträge, Zinsen und wiederkehrender Leistungen und Prozeßkosten, jedoch zum Teil nur in Höhe des Nutzungsertrages, auferlegt; die aus dem Nießbrauch entspringenden Rechte an den Ehegutsgegenständen werden für unveräußerlich und unpfändbar erklärt, während die Pfändung der vom Manne erworbenen Früchte insoweit ausgeschlossen wird, als der Mann derselben zur Erfüllung seiner Verpflichtungen gegen die Frau und seine Verwandten und zu seinem eignen standesgemäßen Unterhalt bedarf. Unerträglich ist hier von vornherein die Unterstellung des ehemännlichen Nutzungsrechtes unter die Regeln des als eignes und selbständiges dingliches Individualrecht konstruierten Nießbrauches, wobei dann die Grenzen der Anwendbarkeit dieser Regeln nur durch längeres

---

[1]) Gegen die Bestimmung des § 1289 über die Vorbehaltsgutseigenschaft des Arbeitserwerbes der Frau wendet sich auch Brühl a. a. O. Bd. 74 S. 408 ff. u. 418 ff., indem er treffend ausführt, daß nach deutscher Auffassung die ehelichen Lasten aus den Erträgnissen des beiderseitigen Vermögens und der beiderseitigen Arbeitskraft zu bestreiten sind, und deshalb vorschlägt, den Arbeitserwerb nur nach Abzug eines angemessenen Beitrages zu den Ehelasten als Vorbehaltsgut zu behandeln. Bähr in seinem Gegenentwurf S. 249 §§ 34—35 will die Vorbehaltsgutseigenschaft des Arbeitserwerbes der Frau beibehalten, ihr jedoch eine Beitragspflicht zu den Ehelasten auferlegen und jeden Ersatzanspruch wegen Verwendung des Vorbehaltsgutes zu Ehezwecken absprechen. Klöppel S. 88 billigt § 1289. Mitteis S. 575—582 findet es bedenklich, daß nach § 1287 auch der Pflichtteil als Vorbehaltsgut zugewandt werden kann, und erhebt eine Reihe von Einwendungen gegen § 1288; auch will er das Vorbehaltsgut nicht so völlig wie der Entwurf der ehelichen Gemeinschaft entziehen.

Studium zu ermitteln sind (Motive S. 180—193). Unerträglich ist ferner das Flickgewand der angehängten Modifikationen, deren Sinn größtenteils von einem nicht mit allen Künsten und Schlichen dieses Juristendeutsch vertrauten Leser nicht einmal ungefähr erraten werden kann (man versuche es nur mit § 1294, § 1295 oder § 1296). Unerträglich aber ist vor allem auch das materielle Ergebnis. Statt eines einheitlichen Rechtes an einem Vermögensinbegriff als solchem erhalten wir, da der Begriff des Sondervermögens auch hier abgelehnt wird, eine Summe von Rechten an einzelnen Sachen und Rechten[1]). Der Frau wird jeder regelmäßige Anspruch auf Sicherstellung und jeder gesetzliche Pfandtitel versagt, dafür aber dem Manne jede Verfügung über die Substanz von Sachen und Rechten prinzipiell entzogen, die Veräußerung der beweglichen und mit gewissen Ausnahmen sogar der verbrauchbaren Sachen verboten, die Disposition über die auf Zinsen ausstehenden Forderungen genommen, ja sogar das Recht auf alleinige Inhabung der Inhaberpapiere abgesprochen. Auch wird der Mann zur Mitteilung eines Vermögensverzeichnisses und bei Gefährdung der Rechte der Frau zur Sicherheitsleistung verpflichtet. Wie beim gewöhnlichen Nießbrauch kann die Frau ihre Ansprüche regelmäßig schon während der Dauer der ehelichen Nutznießung geltend machen. Im Interesse der Freiheit und Gleichheit aller Staatsbürger wird die Frau den sonstigen Gläubigern ihres Mannes vollkommen gleichgestellt: sie genießt keine Vorrechte, haftet dafür aber auch mit ihrem Ehegut in keiner Weise für die Schulden des Mannes. Dies alles zielt auf Trennung statt auf Verbindung der Eheleute ab und erhebt statt des Vertrauens das Mißtrauen zur Maxime! Bei normaler ehelicher Gesinnung steht infolgedessen die Frau schutzlos da: eine Frau dagegen, welche die ihr vom Gesetz verliehenen „Ansprüche" zu handhaben weiß, kann den Mann täglich hemmen und belästigen und das Ihrige rechtzeitig in Sicherheit bringen. Das anständig denkende Ehepaar hat den hereinbrechenden Vermögensverfall gemeinsam zu tragen: überwiegt die Klugheit, so lebt der verschuldete Mann aus den Mitteln der reichen Frau „standesgemäß" mit Austern und Champagner weiter. Auch das eheliche Güterrecht ist eben nicht für die Dummen und Altfränkischen geschrieben, sondern auf eine dem modernen Kulturniveau entsprechende geschäftliche Geriebenheit der künftigen Generation mit Einschluß des schönen Geschlechts berechnet[2])!

[1]) Über die einzelnen hieraus folgenden Unzuträglichkeiten vgl. Brühl a. a. O. Bd. 73 S. 422 ff.

[2]) Mitteis S. 582—596 will das Recht des Ehemannes, das der Entwurf im „Geist des Mißtrauens" auffallend schwächt und nur „fiktiv" dem

Durch eine Reihe sehr künstlicher Bestimmungen wird eine „Beschränkung des Verfügungsrechtes der Ehefrau" (3) festgesetzt, welche die dinglichen Rechte des Mannes am Ehegut gegenüber der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit der Frau sichern soll. „Dingliche Rechtsgeschäfte" über Bestandteile des Ehegutes werden ohne Einwilligung oder Genehmigung des Mannes überhaupt für unwirksam erklärt (§ 1300). Im übrigen sollen unbewilligte Rechtsgeschäfte der Frau (mit Einschluß der obligationenrechtlichen Verträge über Veräußerung von Ehegut) insoweit, als sie die Frau zu einer Leistung verpflichten, nur „in Ansehung des Ehegutes gegenüber dem Ehemann" der Wirksamkeit entbehren, die Frau selbst dagegen binden (§ 1301). Hinzugefügt werden entsprechende Beschränkungen des Rechtes der Frau zu einseitiger Prozeßführung (§§ 1302—1303) und besondere Bestimmungen über die gehörige Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte durch Dritte (§ 1304). Alle diese Beschränkungen des Verfügungsrechtes der Frau sollen auch gegen den mit ihnen unbekannten Dritten ohne Rücksicht auf den sonstigen Schutz des öffentlichen Glaubens der Grundbücher und des redlichen Besitzes Anwendung finden (§ 1305), so daß in dieser Hinsicht durch positive Satzung ein ähnliches Ergebnis erzielt wird, als wenn die Frau in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wäre. Eine Erweiterung des Verfügungsrechtes der Ehefrau wird durch die Gewährung eines freien Dispositionsrechtes im Falle der Abwesenheit oder Krankheit des Mannes bei Gefahr im Verzuge, durch die generelle Auslegung der Einwilligung in den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes und

Nießbrauchsbegriff unterwirft, im Sinne einer personenrechtlichen Herrschaft am Vermögen ausgestalten und erheblich verstärken; insbesondere will er dem Manne die Verfügung über fahrende Habe mit Ausnahme von barem Gelde und Wertpapieren und den Abschluß aller Geschäfte „der laufenden Verwaltung" gewähren; doch will er im Gegensatz zum Entwurfe dem Manne auch die Einziehung unverzinslicher Forderungen versagen: dafür will er der Frau einen bedingten Kautionsanspruch einräumen. Besondere Bestimmungen verlangt Mitteis S. 596—601 über „Mitgiften", welche die Frau dem Manne zu vollkommen freier Verfügung übertragen hat. Weiter fordert er S. 606—616 eine Haftung der Frau für Schulden des Mannes mit allem Vermögen, das sie dem Manne dergestalt anvertraut hat, daß es von dessen Vermögen äußerlich nicht zu unterscheiden ist, mindestens aber mit einem prozentualen Anteil ihres Gutes; die §§ 1298 u. 1299 will er trotzdem beibehalten. — Bährs Gegenentwurf, S. 241 ff. §§ 14—18 u. 29—30, schließt sich enger an den Entwurf an und bringt nur einzelne Verbesserungen; auch er erweitert die Rechte des Mannes, gewährt aber der Frau ein Recht auf Feststellung des Bestandes ihres eingebrachten Vermögens durch ein Verzeichnis; den Ausschluß jeder Haftung des Frauenguts für Schulden des Mannes hält er fest.

durch specielle Ausnahmen für gewisse rechtsgeschäftliche und prozessuale Handlungen (einschließlich aller Rechtsgeschäfte und Prozeßhandlungen gegenüber dem Ehemann selbst) herbeigeführt (§§ 1306—1310). Dieses verwickelte, durch Verweisungen auf die entsprechende Anwendung allgemeiner Vorschriften über Einwilligung und Genehmigung und durch besondere Bestimmungen über die relative Gültigkeit von Rechtsgeschäften und die relative Rechtskraft von Urteilen noch weiter komplizierte System, das lediglich im Sinne der Wahrung egoistischer Sonderinteressen gedacht ist, bildet einen trübseligen Ersatz für das zu einem organischen Ausbau der deutschen Verwaltungsgemeinschaft unentbehrliche ehemännliche Mundium[1]).

Im Einklange mit dieser Ordnung erklärt der Entwurf alle während wie vor der Ehe entstandenen „Verbindlichkeiten der Ehefrau" (4) für „Ehegutsverbindlichkeiten", wegen deren die Gläubiger sich jederzeit auch an das Ehegut halten können (§ 1311), und nimmt hiervon nur die während der Ehe durch ein dem Ehemann gegenüber unwirksames Rechtsgeschäft oder Urteil begründeten Verbindlichkeiten und gewisse zum Vorbehaltsgut gehörige Verbindlichkeiten aus (§ 1312). Auch bestimmt er, daß bei einer gesetzlichen Unterhaltspflicht der Frau ihre Leistungsfähigkeit ohne Rücksicht auf die ehemännlichen Rechte zu beurteilen ist (§ 1313). Er regelt ferner die Zwangsvollstreckung gegen das Ehegut, zu welcher es eines zwiefachen vollstreckbaren Titels — gegen die Frau wegen der Leistung und gegen den Mann wegen Gestattung der Zwangsvollstreckung — bedarf (§§ 1314—1315). Endlich statuiert er im Verhältnis der Ehegatten zueinander eine Ausgleichungspflicht zwischen Ehegut und Vorbehaltsgut und legt hierbei eine Anzahl von Ehegutsverbindlichkeiten, welche aus Verschulden der Frau während der Ehe oder im Interesse von Vorbehaltsgut entstanden sind, dem Vorbehaltsgut zur Last (§ 1316)[2]).

Als ein von der Nutznießung juristisch getrenntes selbständiges Institut behandelt er Recht und Pflicht des Mannes zur ordnungsmäßigen „Verwaltung des Eheguts" (5). Das Verwaltungsrecht des Mannes ist nach dem Entwurf nicht Steigerung oder Ausfluß seines Nutzungsrechtes, noch weniger natürlich Ausfluß seiner Stellung als

[1]) Vgl. Mitteis S. 601—603, der das einseitige Recht der Frau zum Verzicht auf einen Pflichtteil streichen will, und Bährs Gegenentwurf S. 239 § 7 u. S. 245 ff. §§ 21—27.

[2]) Vgl. Mitteis S. 603—606 und Bähr S. 244 ff. §§ 20—28 u. 36; beide wünschen die Haftung des Frauenguts für alle von der Frau geschuldeten Prozeßkosten; Bähr will zur Zwangsvollstreckung in das Frauengut einen Titel gegen die Frau allein für ausreichend erklären (§ 28).

Gemeinschaftshaupt, sondern ein besonderes Recht, „welches ihm in Ansehung der Verwaltung der Substanz des Ehegutes die Stellung des Verwalters eines fremden Vermögens giebt, so daß er bei Ausübung eines Verwaltungsrechtes wie ein Beauftragter für Rechnung der Ehefrau und nach außen hin, innerhalb der in dieser Hinsicht seinem Verwaltungsrecht gezogenen Schranken, als Vertreter der Ehefrau in deren Namen handelt" (Motive S. 269). Der Mann bedarf daher grundsätzlich zu jedem das Ehegut betreffenden Rechtsgeschäft oder Rechtsstreit einer „Vollmacht" der Frau (§§ 1319 Abs. 1 und Motive S. 273 ff. und 281). Ausgenommen sind lediglich die bloße Erfüllung einer Ehegutsverbindlichkeit, die Aufrechnung einer Ehegutsforderung gegen eine Ehegutsverbindlichkeit und die Vornahme einer nur auf Erhaltung oder Sicherung des Eheguts gerichteten Handlung (§ 1318). Im übrigen kann der Mann, soweit er nicht als Nießbraucher in eignem Namen die zum Verbrauch bestimmten verbrauchbaren Sachen verbrauchen und veräußern und unverzinsliche Forderungen einziehen kann (§ 1294 und § 1292 mit § 1028), auch über Fahrnis einschließlich der verbrauchbaren Sachen und über Forderungen ohne besondere Vollmacht der Frau keine Verfügung treffen und keinen Prozeß führen. Bedarf es zum Zwecke der ordnungsmäßigen Verwaltung des Ehegutes eines Rechtsgeschäftes, „so hat der Ehemann die Ehefrau hiervon in Kenntnis zu setzen; er kann von der Ehefrau verlangen, daß diese das Geschäft mit seiner Einwilligung vornehme; die Ehefrau kann dagegen von dem Ehemann verlangen, daß dieser als ihr Bevollmächtigter der Vornahme des Geschäftes sich unterziehe" (§ 1319 Abs. 2). Andrerseits kann auch die Frau die Initiative ergreifen und „von dem Ehemanne verlangen, daß dieser nach ihrer Wahl entweder als ihr Bevollmächtigter das Geschäft vornehme oder in dessen Vornahme durch sie selbst einwillige" (§ 1320). Darüber hinaus kann die Frau vom Manne die Einwilligung in eine „zur ordnungsmäßigen Besorgung ihrer persönlichen Angelegenheiten erforderliche" Verwendung oder Verschuldung von Ehegut verlangen, entbehrt jedoch in solchen Fällen des Rechtes, den Mann zu ihrer Vertretung zu zwingen (§ 1321). Dieselben Regeln gelten hinsichtlich der Führung eines Rechtsstreites (§ 1322). Ist ein Ehegutskapital eingezogen, so kann jeder Gatte vom anderen die Mitwirkung zur Wiederanlegung desselben nach den für die Belegung von Mündelgeldern geltenden Vorschriften verlangen (§ 1323 mit § 1034). Auf die Rechte und Pflichten des Mannes aus der Verwaltung finden die vom „Auftrag" handelnden §§ 591—595 „entsprechende Anwendung", so daß der Mann in gewöhnlicher Weise Rechnung zu legen, den Beweis ordnungsmäßiger Ausführung der Verwaltung

zu führen und Ersatz zu leisten hat, dafür aber gleich jedem Mandatar Vorschuß und Ersatz seiner Aufwendungen fordern kann (§ 1324 Abs. 1). Und alle beiderseitigen „Ansprüche" aus der ehelichen Verwaltung können gleich denen aus der ehelichen Nutznießung jederzeit auch vor der Beendigung der ehelichen Nutzung und Verwaltung geltend gemacht werden (§ 1324 Abs. 2), so daß Civilprozesse zwischen den Ehegatten nicht nur unbedingt zulässig sind, sondern wie alltägliche Vorkommnisse erscheinen. Klingt es nicht fast wie Ironie, wenn ein solches System als „Verwaltungsgemeinschaft" bezeichnet und aus dem Grundgedanken des „deutschen" ehelichen Güterrechts hergeleitet wird? Von allen geltenden Rechten, welche die „Verwaltungsgemeinschaft" oder den „ehemännlichen Nießbrauch" zum Ausgangspunkte nehmen, hat keines in gleichem Maße die Ehe zerrissen, die Stellung des Mannes herabgewürdigt, der Frau geschäftliche und prozessuale Thätigkeit zugedacht, den Verkehr unter den Eheleuten in geschäftliche Formen gekleidet, das gegenseitige Mißtrauen und die ziffernmäßige Berechnung zum Prinzip erhoben, den ehelichen Zwist herausgefordert! Man möchte fast glauben, es sei darauf gerechnet, daß künftig Mann und Frau sich von der Hochzeit an je einen rechtskundigen Anwalt zugesellen werden, um alle diese internen Rechtshandlungen zu vermitteln und bei Meinungsverschiedenheiten alsbald die in Aussicht genommenen Prozesse zu instruieren[1])!

Wenn der Entwurf die „Ausübung der ehelichen Nutznießung und Verwaltung durch den gesetzlichen Vertreter des Ehemannes" (6) während der Minderjährigkeit, Abwesenheit oder Entmündigung des letzteren vorschreibt (§ 1326 Abs. 1), so zeigt sich auch hierin die Auffassung dieser ehemännlichen Rechte als eigner Vermögensrechte, die ebensogut ein Fremder wahrnehmen kann. Die schon oben (S. 62) gerügte barocke Fassung des Zusatzes, nach welchem die Ehefrau, falls sie selbst zum Vormunde bestellt ist, in Vertretung des Mannes sich selbst die erforderliche ehemännliche Einwilligung zu ihren Rechtshandlungen erteilen kann (§ 1326 Abs. 2), wird durch die Aufklärung der Motive (S. 287) über das damit bezweckte Verantwortlichkeitsverhältnis in ein nur noch ungünstigeres Licht gerückt.

Die „Beendigung der ehelichen Nutznießung und Verwaltung" (7) läßt der Entwurf durch Auflösung der Ehe, rechtskräftiges

[1]) Vgl. Mitteis S. 592—594, der ebenfalls die Herabsetzung des Mannes zum Rechnungsführer der Frau und die Fassung der §§ 1319, 1320 u. f. w. tadelt; vgl. oben S. 410 Anm. 2. Bähr hat sich auch nicht entschließen können, Bestimmungen wie die der §§ 1319—1324 in seinen Gegenentwurf aufzunehmen; vgl. S. 244 zu § 19. Vgl. auch L. Goldschmidt S. 155.

Urteil, Konkurseröffnung über das Vermögen des Mannes, Todeserklärung des Mannes und Ehevertrag, dagegen nicht durch zeitweilige Trennung von Tisch und Bett und nicht durch einseitigen Verzicht des Mannes erfolgen (§ 1327). Die Aufhebung durch Urteil kann von der Frau wegen pflichtwidrigen Verhaltens des Mannes und wegen Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft oder einer Vormundschaft über denselben verlangt werden (§ 1328). Dauert die Ehe fort, so tritt für die Zukunft unter den Ehegatten Trennung der Güter ein (§ 1330). Wenn die über den Mann eingeleitete Pflegschaft oder Vormundschaft wieder aufgehoben wird oder der für tot erklärte Mann noch lebt, kann der Mann „die Wiederherstellung der ehelichen Nutznießung und Verwaltung“ fordern (§§ 1331–1332). Im übrigen stellt der Entwurf besondere Regeln über die Folgen der Beendigung seiner Verwaltungsgemeinschaft nicht auf. Es kommt also zur Auseinandersetzung nach gewöhnlichen Grundsätzen ohne jede Einwirkung des Eherechtes[1]. Bei der Auflösung der Ehe durch den Tod konkurriert der überlebende Ehegatte kraft des ehelichen Erbrechts mit den übrigen Erben des verstorbenen Ehegatten, genießt dagegen keines eherechtlichen Vorzuges. Der überlebende Ehemann muß sofort das gesamte Ehegut herausgeben und seine Ersatzverbindlichkeiten erfüllen und hat keinen Anspruch auf Übernahme der Grundstücke oder anderer eingebrachter Gegenstände gegen den Schätzungswert. Alle Billigkeitserwägungen, welche für die im geltenden Recht anerkannten Ermäßigungen des Zerfalles des Ehevermögens nach seinen einzelnen Bestandteilen sprechen, können vor dem schroffen Trennungsgedanken des Entwurfes und vor der absoluten Gleichwertung der Interessen des Ehegatten und der Erben nicht bestehen (Motive S. 289–291). Nicht einmal erwogen ist die Möglichkeit, im Falle der beerbten Ehe der fortgesetzten Hausgemeinschaft einen Einfluß auf die Gestaltung der Vermögensverhältnisse zu gewähren. Völlig abgelehnt wird der bei der sogenannten „Gütergemeinschaft von Todes wegen“ durchgeführte Ersatz der Vermögenssonderung durch eine Quotenteilung oder die Ausstattung des überlebenden Ehegatten mit einem Wahlrecht zwischen Rücknahme seines Vermögens oder Herausnahme einer Quote des beiderseitigen Vermögens.

Dies ist das eheliche Güterrecht, welches in Zukunft als einziges gesetzliches System gelten und nach der in den Motiven mehrfach ausgesprochenen Hoffnung des Gesetzgebers allmählich die übrigen Systeme,

[1] Einige Sätze über die Auseinandersetzung stellt Bähr S. 249 in seinem Gegenentwurf § 33 auf.

deren vertragsmäßige Begründung vorläufig offenbleibt, verdrängen soll! Wir sind oben nachdrücklich für eine Mehrheit gesetzlicher Güterstände eingetreten[1]). Wollte aber der Entwurf dem deutschen Volke einen einheitlichen gesetzlichen Güterstand aufzwingen, so durfte er nimmermehr dieses System wählen, welches dem Wesen der deutschen Ehe schnurstracks zuwiderläuft. Wenn er sich für die Verwaltungsgemeinschaft entschied, mußte er dieselbe deutsch, nicht römisch konstruieren; er mußte sie im Sinne einer wahren Gemeinschaft, nicht im Sinne einer dem gebrauchten Namen hohnsprechenden Trennung ausgestalten. Die Entscheidung hätte aber überhaupt nicht für die Verwaltungsgemeinschaft ausfallen dürfen. Dieselbe entspricht wirtschaftlichen Zuständen, bei welchen der Grundbesitz das ökonomische Übergewicht behauptet und das erworbene Gut gegenüber dem Erbgut eine geringfügige Rolle spielt. Unter den heutigen Verhältnissen ist es ein Verstoß wider die Gerechtigkeit, wenn der Ertrag des beiderseitigen Vermögens und der gesamte eheliche Erwerb dem Manne zufällt, die Frau dagegen, welche durch Sparsamkeit und häusliche Thätigkeit und oft zugleich durch geschäftliche Mitarbeit zu dem günstigen Erfolge wesentlich beigetragen hat, nichts als ihr eingebrachtes Kapital zurückempfängt. Es nützt ihr unter normalen Verhältnissen wenig, daß sie nun dafür vom Entwurf gewissermaßen außerhalb der Ehe gestellt, von der Mittragung der ehelichen Lasten und aller Haftung für Eheschulden befreit, als Geschäftsherrin mit allen möglichen selbständigen Befugnissen und Ansprüchen gegen den verwaltenden Mann ausgerüstet und auf den Erwerb von Vorbehaltsgut durch Arbeit außer dem Hause hingewiesen wird. Geht es dagegen mit der Wirtschaft bergab, so bleibt freilich die Frau von der vielleicht durch sie wesentlich mitverschuldeten Einbuße verschont, entbehrt aber gegenüber den Gläubigern des Mannes aller der Sicherungs- und Vorzugsrechte wegen ihres Eingebrachten, durch deren Gewährung das frühere Recht eine gewisse Kompensation für die ausschließliche Zuweisung alles Nutzens an den Mann herstellte. Man wird die Verurteilung eines solchen Systemes durch **Bähr**, der es als „System des Mannesegoismus" bezeichnet, nur unterschreiben können[2]). **Bähr** hat auch bereits die in den Motiven für dasselbe angeführten Gründe mit schneidender Ironie widerlegt. Die Motive rühmen dem ehelichen Güterrecht des Entwurfes „Einfachheit" und „Zweckmäßigkeit" sowie im Vergleiche mit dem „idealen

[1]) Vgl. oben S. 111—117. Ebenso **Bähr** a. a. O. S. 237. — Dagegen **Klöppel** S. 341—342, **Mitteis** S. 562—564.

[2]) Beurt. in der Krit. Vierteljahrsschrift S. 530—538. — Vgl. auch den Artikel in der Nationalzeitung Jahrg. 1888 Nr. 523.

Zuge" der allgemeinen Gütergemeinschaft und dem „das Gemüt ansprechenden Gedanken" der Errungenschaftsgemeinschaft „etwas kühl Verständiges und praktisch Nüchternes" nach. Wir haben den Mut, auf die Gefahr hin, dem Verdachte der Schwärmerei zu verfallen, dem „idealen Zuge" zu folgen und die **allgemeine Gütergemeinschaft** allen übrigen Systemen vorzuziehen. Sie ist das folgerichtige Endergebnis der geschichtlichen Entwicklung des deutschen ehelichen Güterrechts und bringt dessen Grundgedanken zu vollendetem Ausdruck. Auch läßt sie an Einfachheit nichts zu wünschen übrig und entspricht in der normalen Ehe, die nun doch einmal eine Gemeinschaft aller göttlichen und irdischen Dinge ist, den Anforderungen der Zweckmäßigkeit wie der Gerechtigkeit. Durch sie wird die Einheit der Ehe auf das vollkommenste gewahrt und der Fortbestand der Einheit des Hauses nach dem Tode eines Ehegatten ermöglicht. Daß sie in Verbindung mit einem kräftigen Anerbenrecht vorzüglich geeignet ist, auch gesunde ländliche Grundbesitzverhältnisse zu erhalten und zu fördern, zeigen die westfälischen Zustände. Freilich wird es stets auch Ehen geben, für welche sie nicht paßt. Allein die Erfahrung zeigt, daß dann eben der vertragsmäßige Ausschluß der allgemeinen Gütergemeinschaft erfolgt, auf welchen um so eher verwiesen werden kann, als es sich dabei vorzugsweise um die ohnehin an geschäftliche Fürsorge für ihre künftigen Vermögensangelegenheiten gewöhnten Bevölkerungsschichten handelt. Das Normalsystem muß auf die breite Masse des Volkes berechnet sein und darf nicht Verhältnisse zur Richtschnur nehmen, die bei noch so erheblicher Bedeutung doch immer nur die Ausnahme darstellen[1]). Wird die allgemeine Gütergemeinschaft abgelehnt, so behält die ihr nahe verwandte **Fahrnisgemeinschaft** den nächsten Anspruch auf Erhebung zum gesetzlichen Güterstande. Durch den Ausschluß der nicht zur Errungenschaft gehörigen Grundstücke von der Gemeinschaft wird namentlich dann, wenn es an einer besonderen Grunderbfolge gebricht, die Festigkeit der Grundbesitzverhältnisse gefördert, ohne daß im übrigen der hohe Gedanke der Vermögenseinheit unter Ehegatten verloren ginge. Scheut man sich vor der Erstreckung der allgemeinen Gütergemeinschaft auf ganz Deutschland, weil sie bisher nur in einem schwachen Drittel

[1]) Wenn **Menger** S. 31—33 meint, die Verwaltungsgemeinschaft eigne sich mehr für die Besitzenden, die Errungenschaftsgemeinschaft für den Mittelstand, die allgemeine Gütergemeinschaft für die Besitzlosen, nach dem Entwurf falle also das Volk ohne Vertrag in das „Ehegüterrecht der Geheimräte und der Millionäre", so liegt in dieser Übertreibung ein Körnchen Wahrheit. Unzulänglich sind jedenfalls die von **Mitteis** S. 569—571 gegen die Erhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft zum Prinzipalsystem vorgetragenen Gründe.

des Reiches gilt, so würde man mit der Verallgemeinerung der Fahrnisgemeinschaft nur der Hälfte der deutschen Bevölkerung eine innigere Vereinigung der Ehegatten als Regel zumuten [1]). Wird auch dies verworfen, so müßte unter allen Umständen die Ausgestaltung der Errungenschaftsgemeinschaft zum Normalsystem gefordert werden. Denn auf das „Ideal" kann man zur Not verzichten, den das „Gemüt" ansprechenden Gedanken aber einer billigen Anteilnahme der Frau an dem ehelichen Erwerbe kann man nicht preisgeben, ohne das Volksgemüt in seinem Rechtsgefühl auf das tiefste zu verwunden [2]). Da in der allgemeinen Gütergemeinschaft und in der Fahrnisgemeinschaft stets zugleich eine Errungenschaftsgemeinschaft steckt, so sind es zwei Drittel der Nation, die jetzt in einer derartigen Gemeinschaft leben. Der Entwurf will also die weit überwiegende Mehrheit des Volkes um eine nicht bloß tief eingewurzelte, sondern auch gerechte und wirtschaftlich zweckmäßige Ordnung des ehelichen Vermögenserwerbes bringen. Wie können nur einem so klaren Verhältnis gegenüber die Motive sich auf die angebliche „relative Majorität" der in Verwaltungsgemeinschaft lebenden Bevölkerung berufen (S. 145)? Und diese Majorität ist noch dazu eine erschlichene! Denn um sie herauszurechnen, werden nicht nur alle von dem Trennungssystem des Entwurfes himmelweit verschiedenen Systeme der echten Verwaltungsgemeinschaft mit den Systemen des ehemännlichen Nießbrauchs und dem römischen Dotalsystem zusammengeworfen, sondern auch die im praktischen Erfolge der allgemeinen Gütergemeinschaft sehr viel näher stehenden Systeme der Gütergemeinschaft von Todes wegen einschließlich des märkischen Provinzialrechts hinzugezählt! Doch ist die eigentliche Triebfeder für das Verfahren des Entwurfes weder in diesem rechnerischen Kunstgriff noch in den Erwägungen über Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit der einzelnen Güterstände zu suchen. Das wahre Herzensgeheimnis des Entwurfes verraten die Motive mit dem Ausspruch, „daß es im Zweifel

[1]) Auch Mitteis S. 573—574 meint, daß der Entwurf es mit der Ablehnung der Mobiliargemeinschaft zu leicht genommen habe.

[2]) So auch Bähr, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 530 ff., Arch. f. bürg. R. Bd. 1 S. 237. In seiner Beurteilung giebt Bähr S. 534 zu erwägen, ob durch Beschränkung des Anteiles der Frau auf ein Drittel der Errungenschaft eine Vermittlung gefunden werden könne. Er fügt hinzu, daß er nicht wisse, „ob irgendwo dieser Gedanke bereits ausgeführt ist". Dem Germanisten ist diese Teilungsart als altribuarische Teilung nach dem Schwert- und Kunkelteil wohl bekannt. Sie gilt noch jetzt vereinzelt, z. B. nach Mainzer Landrecht und Deutschordensrecht am Neckar; vgl. Roth, D. P. R. II S. 154 u. 155. — Gegen die Errungenschaftsgemeinschaft als Prinzipalsystem spricht sich Mitteis S. 572 bis 573 aus.

vorsichtiger und richtiger erscheint, die kraft Gesetzes mit der Eheschließung eintretende Änderung in den vermögensrechtlichen Verhältnissen der Ehegatten auf das geringere Maß zu beschränken und den Beteiligten die Erweiterung durch Vertrag zu überlassen als umgekehrt zu verfahren". Mit anderen Worten: der Gedanke des römischen Rechts, daß die Ehe als solche keinen Einfluß auf die Vermögensverhältnisse hat, verdient den Vorzug vor dem entgegengesetzten Gedanken des deutschen Rechtes! Warum führt man dann nicht einfach das römische Totalsystem als gesetzlichen Güterstand ein[1])? Die Motive ergeben, daß eine gewisse Neigung hierzu vorhanden war, vorläufig indes eine solche Nachholung der bei der Reception begangenen Versäumnisse nicht wohl thunlich zu sein schien. Das römische Dotalsystem ist nun einmal bei uns nicht durchgedrungen. Die Schuld an dieser bedauerlichen Thatsache trägt nach der Ansicht der Motive (S. 158) lediglich der Mangel eines ausreichenden Erbrechts der Ehegatten im römischen Recht! Eine merkwürdige Ansicht, die ein eigentümliches Schlaglicht auf die dem Entwurf zu Grunde liegende Auffassung der deutschen Rechtsgeschichte wirft. Aber wie es sich damit auch verhalten mag: „es wär' zu schön gewesen, es hat nicht sollen sein"! Die Motive spenden indes einen gewissen Trost für diesen Verzicht auf das reine römische Recht. Der Entwurf hat wenigstens soviel wie möglich sein System dem Dotalsystem genähert. Auch bei dem letzteren pflegt in Deutschland die Frau dem Manne ihr Vermögen zu überlassen. „Faßt man eine in solcher Art erfolgende Überlassung des Frauenvermögens als stillschweigende Bestellung einer dos auf, so ist im praktischen Resultate der Unterschied von der deutschrechtlichen Verwaltungsgemeinschaft nur ein geringer" (Motive S. 144). Den wenig zahlreichen Deutschen, welche auch hier korrekt nach Pandektenrecht leben, wird also kein erhebliches Leid zugefügt. Sie mögen sich das „Ehegut" des Entwurfes als „stillschweigend bestellte dos" zurechtlegen und haben dann die Genugthuung, daß das römische Recht gerettet ist. Und nur allzusehr träfen sie hiermit das Richtige! Das System des Entwurfes ist in der That seinem innersten Kern nach nichts als das durch einige verstümmelte Einschiebsel deutscher Herkunft modifizierte römische System der Gütertrennung. In der Hauptsache ist das Ziel erreicht: auch das eheliche Güterrecht ist romanisiert[2]).

[1]) Hiermit hätte man einer Petition des deutschen Frauenvereins Genüge geleistet! Vgl. indes gegen dieses Bestreben Klöppel S. 342, Mitteis S. 565—569.

[2]) Übereinstimmend meint Brühl a. a. O. Bd. 34 S. 401, die angebliche Fortbildung des deutschen Gedankens bestehe in Wahrheit in dessen „Vertauschung

Der dritte Titel des Eherechts handelt von „Eheverträgen“ und bringt zunächst „allgemeine Vorschriften“ (I). Im Einklang mit dem gemeinen deutschen Recht wird die Ausschließung oder Änderung des gesetzlichen wie eines vertragsmäßigen Güterstandes durch Vertrag vor und nach Eingehung der Ehe gestattet (§ 1333). Verboten wird nur die vertragsmäßige Regelung des Güterstandes „durch Bezugnahme auf ein nicht mehr geltendes oder auf ein ausländisches Gesetz“ (§ 1334 Abs. 1). Doch wird hiervon im Falle eines ausländischen Wohnsitzes des Ehemannes eine Ausnahme zu Gunsten des an diesem Wohnsitze geltenden Rechtes gemacht (§ 1334 Ab. 2). Auch bleibt es natürlich zulässig, die einzelnen Sätze eines abgeschafften oder fremden Güterrechts vollständig oder teilweise in den Ehevertrag aufzunehmen. Immer bedarf der Ehevertrag der gerichtlichen oder notariellen Form; nur die Abrede, daß der Nießbrauch des Mannes an verbrauchbaren Ehegutssachen nach Art des gewöhnlichen Quasiusufruktes Eigentum mit Werterstattungspflicht begründen soll, ist an eine Form nicht gebunden (§ 1335). Dritten gegenüber ist die Berufung auf ein vom gesetzlichen Güterstande abweichendes eheliches Güterrecht nur insoweit zulässig, als die Abweichung zur entscheidenden Zeit gehörig veröffentlicht war oder dem Dritten bekannt war oder bekannt sein mußte (§§ 1336—1337). Alle diese Vorschriften gelten insbesondere auch für die Einführung eines der im Gesetzbuch selbst geregelten vertragsmäßigen Güterstände. Die Erleichterung besteht hier also nur in der Möglichkeit, einen gekornen Güterstand mit wenigen Worten zu regeln. Dagegen wird auch hier ein gerichtlicher oder notarieller Vertrag verlangt. Wir haben schon oben darauf hingewiesen, wie unbillig eine derartige Erschwerung und Besteuerung des Anschlusses an die ererbte Sitte ist und wie vermutlich der eigentliche Zweck der gesetzlichen Normierung subsidiärer Güterstände dadurch in der Hauptsache vereitelt werden würde. Wollte der Entwurf sich nicht zu dem allein angemessenen Regionalsystem entschließen, so mußte er mindestens eine einfache und kostenlose Form für die Unterstellung der Ehe unter einen der gesetzlich geregelten vertragsmäßigen Güterstände zulassen. Als solche hätte sich, wie die Motive anerkennen, die bei der Eheschließung vor dem Standesbeamten abgegebene Erklärung der Güterrechtskür dargeboten. Die Gründe, welche von der Beschreitung

---

mit dem Totalrechtsprinzip“; vgl. S. 415 (ein Fortschritt sei darin „von keinem Standpunkt aus“ zu erblicken) u. S. 421. — Auch Mitteis S. 574 ff. will die Verwaltungsgemeinschaft nur mit Einfügung gütergemeinschaftlicher Gedanken acceptieren.

dieses Weges abgehalten haben (Motive S. 312), sind von geringem Gewicht[1]).

Unter den vier vertragsmäßigen Güterständen, welche der Entwurf im Fortgange des Titels selbst regelt, ist das System der „Trennung der Güter" (II) dadurch ausgezeichnet, daß es nicht bloß infolge einer vertragsmäßigen Ausschließung des gesetzlichen Güterstandes ohne Hinzufügung der Vereinbarung eines anderen Güterstandes eintritt (§ 1338), sondern auch kraft Gesetzes in den Fällen der Suspension oder der auf Antrag der Ehefrau erfolgten Aufhebung eines anderen Güterstandes gilt (§§ 1284, 1330, 1372, 1381, 1429 Abs. 1—3 u. 1431 Abs. 1). Da das Wesen der Gütertrennung darin besteht, daß die Ehe auf die beiderseitigen Vermögensverhältnisse überhaupt keine Einwirkung ausübt, begnügt sich der Entwurf hier mit einigen wenigen Sätzen. Er verpflichtet die Frau, zur Bestreitung der ehelichen Lasten dem Manne aus ihren Einkünften und dem Ertrage eines Erwerbsgeschäftes einen „angemessenen" Beitrag zu leisten, den jedoch der Mann im voraus verlangen muß und die Frau wegen Pflichtverletzung, Unfähigkeit oder Abwesenheit des Mannes zum Teil zurückbehalten kann (§ 1339). Und er gewährt dem Manne, falls ihm die Frau die Verwaltung ihres Vermögens oder eines Teiles desselben überlassen hat, im Zweifel das Recht zur Verwendung der überschießenden Einkünfte nach freiem Ermessen (§ 1340)[2]).

Sehr ausführlich normiert der Entwurf den vertragsmäßigen Güterstand der „allgemeinen Gütergemeinschaft" (III)[3]). Wir haben schon erwähnt, daß er nahe daran war, sie im Sinne eines Alleineigentums des Mannes zu konstruieren und so in Wahrheit abzuschaffen und durch ein totgebornes neues System zu ersetzen. Die Motive ergehen sich in beweglichen Schilderungen der Vorzüge, die eine so klare und einfache Konstruktion geboten hätte (S. 330 ff.) Die Hauptsache ist, daß dann jeder Bruch mit den „allgemeinen Grundsätzen" des Ge-

[1]) Für eine derartige Güterrechtskür vor dem Standesbeamten auch Bähr, Gegenentwurf S. 238 § 2. Ebenso Menger S. 34. — Klöppel S. 344 will die Wahlfreiheit während der Ehe beseitigen. — Für volle Vertragsfreiheit Mitteis S. 464—465.

[2]) Mehrere Verbesserungen und Ergänzungen bringt der Gegenentwurf Bährs S. 240 ff. §§ 9—13. Bei dem Abschluß einer Ehe seitens eines Minderjährigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters will Bähr Gütertrennung eintreten lassen, mag nun der Mann aber die Frau minderjährig sein, und diese Gütertrennung soll bis zum rechtsgültigen Zustandekommen eines abändernden Ehevertrages dauern.

[3]) Einen Gegenentwurf für diesen Güterstand bringt Bähr S. 257 ff. §§ 51—57, der aber die Errungenschaftsgemeinschaft voranstellt.

setzbuches, d. h. mit der romanistisch-individualistischen Gedankenschablone, vermieden worden wäre. Glücklicherweise ist man zuletzt vor einem solchen Wagnis doch zurückgeschreckt. Man hat sich zur Konstruktion der Gütergemeinschaft im Sinne eines „deutschrechtlichen Miteigentums" entschlossen, wobei dann anheimgestellt bleibt, ob darin nur „ein deutschrechtlich modifiziertes römisches Miteigentum oder ein selbständiger deutschrechtlicher Gemeinschaftsbegriff (Gemeinschaft zur gesamten Hand)" zu finden ist. Daß der Entwurf ein solches „anomales Miteigentum" nicht mit günstigen Augen ansieht, begreift sich leicht. Die Motive bedauern es lebhaft, daß nun „eine Reihe besonderer Bestimmungen" für diese Eigentumsgemeinschaft erforderlich geworden ist. Der Entwurf sucht wenigstens schon durch die Fassung dieser Bestimmungen ihren singulären Charakter hervortreten zu lassen. Er leitet sie nicht gleich den Regeln über die gewöhnliche Gemeinschaft aus einem positiven Rechtsprinzip ab, sondern kleidet sie in die Form specieller Ausnahmen von dem sonst geltenden Gemeinschaftsprinzip. Hiermit nimmt er im Grunde für die Theorie der modifizierten communio und gegen den Gedanken eines selbständigen Prinzips der gesamten Hand Partei, wie er denn auch ängstlich diesen oder einen anderen deutschrechtlichen Ausdruck vermeidet. Und demgemäß geht er überall auch sachlich in der Anerkennung eigentümlicher Rechtssätze bei der Gütergemeinschaft nicht über das schlechthin Unvermeidliche hinaus. Sooiel wie möglich befolgt er vielmehr das von den Motiven verkündete Programm, nach welchem an die ganze Gestaltung des Verhältnisses „der Anspruch gemacht werden muß, daß sie sich an die sonstigen Bestimmungen des Entwurfes anschließt und kein fremdartiges Element in denselben hineinträgt" (S. 329). Wir können unbedenklich in dieser Ausführung der Motive das Wort „fremdartig" mit „deutschrechtlich" vertauschen!

Hinsichtlich der „V e r e i n b a r u n g d e r G ü t e r g e m e i n s c h a f t" (1) zieht der Entwurf die Schranke, daß zu dem auf Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft gerichteten Vertrage, sobald ein Teil unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gefordert wird, welche nur nach Anhörung und mit Einwilligung des in der Handlungsfähigkeit beschränkten Gatten erteilt werden soll (§ 1341).

Was das „V e r h ä l t n i s w ä h r e n d b e s t e h e n d e r G ü t e r g e m e i n s c h a f t" (2) betrifft, so hält der Entwurf an dem Satze des geltenden Rechtes fest, daß alles beiderseitige Vermögen von Rechts wegen ohne besonderen Übertragungsakt und daher auch hinsichtlich der Rechte an Grundstücken ohne Eintragung in das Grundbuch „zu einem beiden

Ehegatten gemeinschaftlich gehörenden Vermögen vereinigt" wird (§§ 1342 bis 1343)[1]. Dieses gemeinschaftliche Vermögen bezeichnet er als „Gesamtgut". Durch ausdrückliche Bestimmung schließt er die Annahme einer Gemeinschaft „nach Bruchteilen" an den einzelnen „zum Gesamtgut gehörigen Gegenständen" und die Anwendung der Vorschriften über Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern auf die dazu gehörigen Forderungen aus (§ 1344). Trotzdem spricht er von dem „Anteil eines Ehegatten an dem Gesamtgute und an den einzelnen zu diesem gehörigen Gegenständen", um durch eine weitere ausdrückliche Satzung diesen Anteil für unveräußerlich, unbelastbar und unpfändbar zu erklären und den Teilungsanspruch auf Grund desselben zu versagen (§ 1345). Die Negationen des Entwurfes sind natürlich sachlich zu billigen. Auch wird er dem Wesen dieser Eigentumsgemeinschaft dadurch gerecht, daß er dem Gesamtgut als solchem neben den einzelnen in ihm enthaltenen Gegenständen die Eigenschaft eines Rechtsobjektes zuschreibt und so an dieser einzigen Stelle den sonst verpönten Begriff des Eigentums an einem Vermögensganzen einführt. Dagegen trägt er durch die Annahme eines „Anteils" jedes Ehegatten auch „an den einzelnen Gegenständen" eine schiefe und verwirrende Vorstellung in die Konstruktion der Gütergemeinschaft hinein. Denn man mag zwar von (schlummernden, ruhenden, latenten) Anteilen „am Gesamtgut" reden: gerade hiermit aber sind dann irgendwelche Anteile an den einzelnen Gegenständen verneint. Und vor allem hätte der Entwurf das Wesen dieser Gemeinschaft nicht bloß durch Negationen, sondern durch ein positives Prinzip bestimmen müssen. Ein solches hätte ihm zu Gebote gestanden, sobald er die deutsche Rechtsgemeinschaft zur gesamten Hand als ein selbständiges und der römischen Gemeinschaft ebenbürtiges Institut aufgenommen und zugleich den Rechtsbegriff des Sondervermögens formuliert hätte. — Neben dem Gesamtgut läßt der Entwurf auch hier „Vorbehaltsgut" zu, das durch Ehevertrag und Zuwendung eines Dritten für jeden Ehegatten begründet werden kann, für die Ehefrau überdies durch den Erwerb aus einem Rechtsgeschäft, dessen Genehmigung der Ehemann verweigert, nicht aber durch jeden selbständigen Arbeits- oder Geschäftserwerb entsteht (§§ 1346—1348)[2]. Hier wie bei dem Vorbehaltsgut des gesetzlichen

---

[1] Über die hier vollzogene Preisgabe des Grundsatzes der Loslösung des Übertragungsgeschäftes von der causa vgl. Strohal S. 456—459.

[2] Wenn Bähr S. 258 § 53 mit S. 254 § 44 auch bei der Gütergemeinschaft den Arbeits- und Geschäftserwerb der Frau Vorbehaltsgut werden läßt, so ist dies entschieden zu mißbilligen.

Güterstandes führt er das Surrogationsprinzip durch (§ 1349) und sorgt für den Schutz gutgläubiger Dritter (§ 1350). Von dem „Vorbehaltsgut“ unterscheidet er das „Sondergut“ eines Ehegatten, welches zwar auch vom Gesamtgut ausgeschlossen, jedoch „der Verwaltung für Rechnung desselben“ unterworfen ist. Ein derartiges Sondergut läßt er ebenfalls durch Ehevertrag, Bestimmung des zuwendenden Dritten und Surrogation begründen, weist ihm aber überdies die durch Rechtsgeschäft unübertragbaren Rechte eines Ehegatten zu. Ist bisher schon die Konstituierung von Vorbehaltsgut bei der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht üblich, so entspricht die Einführung eines gesetzlich normierten Sonderguts in dieselbe schwerlich einem Bedürfnis [1]). Unerträglich ist jedenfalls die Form, in welcher § 1351 diese Normierung durch eine Anzahl von Rückverweisungen und durch eine noch größere Zahl von Vorausverweisungen auf Bestimmungen über die Errungenschaftsgemeinschaft, welche letzteren dann wieder von Zurückverweisungen auf das Recht des gesetzlichen Güterstandes strotzen, vollzieht. Auch sachlich aber wird durch dieses Sondergut, mit welchem das ganze schon besprochene System der „ehelichen Nutznießung und Verwaltung“ in die gütergemeinschaftliche Ehe einzieht, das Recht der allgemeinen Gütergemeinschaft verfälscht und entstellt.

Bei den Vorschriften über die Verwaltung des Gesamtgutes läßt der Entwurf das Prinzip der „gesamten Hand“ fallen. Denn der Begriff eines zur Einheit verbundenen Ehepaares, welches bei eigentlichen Substanzverfügungen gemeinschaftlich handeln muß, im übrigen durch den Mann als Haupt und in gewissem Umfange durch die Frau als Mitträgerin der Gemeinschaft dargestellt wird, bleibt dem Entwurfe auch hier vollständig fremd. Ebenso verwirft er auch hier das ehemännliche Mundium. Vielmehr spricht er die Verwaltung des Gesamtgutes einschließlich rechtsgeschäftlicher Verfügungen und der Prozeßführung dem Manne als ein besonderes Recht zu, kraft dessen derselbe in eigenem Namen und für eigene Rechnung zu handeln hat, während ihm die Befugnis, zugleich im Namen der Frau zu handeln, ausdrücklich entzogen ist (§ 1352). Dieses einseitige Verwaltungsrecht des Mannes durchbricht dann der Entwurf durch zweierlei Ausnahmen. Einmal bindet er die Vornahme solcher Rechtsgeschäfte, welche die Veräußerung oder Belastung des Gesamtguts im ganzen oder eines Bruchteils desselben oder eines zu demselben gehörigen Grundstückes oder aber eine nicht durch eine sittliche oder Anstandspflicht gerechtfertigte Schenkung enthalten oder be-

[1]) Bähr läßt es fort; vgl. S. 258 zu § 51.

zwecken[1]), an die im Falle grundloser Verweigerung erzwingbare Einwilligung oder Genehmigung der Frau (§ 1353). Sachlich schlägt er also, indem er die Mitwirkung der Frau zu allen Substanzverfügungen über Grundstücke fordert, dagegen die Verfügung über dingliche Rechte und ausstehende Kapitalien und die gesamte Prozeßführung dem Manne völlig freigiebt, einen Mittelweg zwischen den mehr von der ehemännlichen Vogtei und den mehr von der gesamten Hand ausgehenden Systemen ein. Der juristischen Form nach aber giebt er, da er sich stets mit der formlosen Zustimmung der Frau begnügt und auch in den wichtigsten Fällen niemals ihr Mithandeln fordert, den letzten Rest des eigentlichen Prinzips der gesamten Hand preis. Sodann beruft er die Frau in einzelnen Beziehungen zu Verwaltungshandlungen hinsichtlich des Gesamtgutes: sie soll den Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches im Falle einer Eintragung auf Grund eines von ihr nicht bewilligten und deshalb unwirksamen Rechtsgeschäftes einseitig geltend machen können (§ 1354); sie soll ausschließlich zur Annahme oder Ausschlagung ihr angefallener Erbschaften oder Vermächtnisse, zum Verzicht auf ihren Pflichtteilsanspruch und zur Ablehnung eines ihr gemachten Vertragsantrages, insbesondere einer Schenkung, befugt sein (§ 1355); sie soll im Bereiche eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes selbständig handeln können (§ 1356); sie soll einen schon anhängigen Rechtsstreit fortsetzen können (§ 1357); sie wird im Falle der Verhinderung des Mannes durch Krankheit oder Abwesenheit bei Gefahr im Verzuge ermächtigt, „in eignem Namen oder im Namen des Ehemannes" bezüglich des Gesamtgutes Rechtsgeschäfte zu schließen oder Prozesse zu führen (§ 1358); sie vertritt endlich auch hier den Mann im Kreise ihrer Schlüsselgewalt. Im übrigen behält auch die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Frau für sich selbst die volle Geschäftsfähigkeit, so daß sie beliebig Rechtsgeschäfte vornehmen und Prozesse führen kann und nur hierdurch ohne Einwilligung des Mannes keine „Gesamtgutsverbindlichkeiten" begründet (§ 1362 Z. 1). Man sieht, daß auch mit der allgemeinen Gütergemeinschaft keine Verwaltungsgemeinschaft, sondern eine getrennte Verwaltung der beiderseitigen Interessensphären verknüpft ist. Trotz der innigen Verschmelzung des Vermögens werden die Ehegatten einander wie Fremde gegenübergestellt und mit individualistischen Befugnissen ausgerüstet, kraft deren ein jeder von ihnen nur für sich zu handeln hat, die Frau aus-

[1]) Bähr S. 257 § 51 mit S. 255 § 42 will nur die durch eine Anstandspflicht gebotenen Schenkungen ausnehmen und auch Bürgschaften (außer den im Betriebe eines Handelsgewerbes eingegangenen) an die Zustimmung der Frau binden.

nahmsweise im Namen des Mannes zu handeln befugt ist, ein einheitlich verbundenes Ehepaar aber weder unmittelbar noch mittelbar zur Erscheinung gelangt[1]). Und auch diese Verwaltungsordnung ist so künstlich und verwickelt angelegt, daß ihre fehlerlose Handhabung ohne rechtskundige Beihülfe kaum ausführbar ist.

In engem Zusammenhange mit derselben steht die vorgeschlagene Ordnung der Schuldenverhältnisse. Der Entwurf kennt keine Schuldengemeinschaft des Ehepaares, sondern nur Schulden des Mannes und Schulden der Frau. Eine Gesamtverbindlichkeit der Ehegatten kann nur auf dieselbe Weise wie unter Fremden besonders begründet werden (Motive S. 368). Doch haftet das Gesamtgut für die Verbindlichkeiten des Mannes wie der Frau (§ 1359 Abs. 1), sofern nicht von den letzteren gewisse nach Eintritt der Gütergemeinschaft ohne Einwilligung des Mannes eingegangene oder in Bezug auf ein Vorbehalts- oder Sondergut entstandene Verbindlichkeiten besonders ausgenommen sind (§ 1362). Und für diejenigen Verbindlichkeiten der Frau, welche Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, mithin insbesondere auch für ihre Deliktsschulden und gesetzlichen Verpflichtungen, wird dem Manne zugleich eine persönliche Haftung auferlegt (§ 1359 Abs. 2), während die Frau von jeder persönlichen Haftung für die Schulden des Mannes befreit und auch aus den vom Manne oder von ihr selbst in Vertretung des Mannes bei der Verwaltung des Gesamtgutes eingegangenen Verbindlichkeiten persönlich nicht verpflichtet wird (§ 1352 Abs. 3). Demgemäß giebt es auch keinen Gemeinschaftskonkurs, sondern nur einen Konkurs über das Vermögen des Ehemannes, in welchem das ganze Gesamtgut zur Konkursmasse gehört und der Frau ein Recht auf Auseinandersetzung oder Absonderung nicht zusteht, und einen Konkurs über das Vermögen der Ehefrau, welcher das Gesamtgut nicht berührt (§ 1361)[2]). Die ungleiche Stellung beider Ehegatten zu den Eheschulden soll das Korrelat ihrer ungleichen Stellung zu der Verwaltung des Gesamtgutes bilden. Es ist aber klar, daß hinsichtlich der Schuldenverhältnisse wie hinsichtlich der Verwaltung im wesentlichen der Gedanke der Gemeinschaft unterlegen

[1]) Besonders charakteristisch ist es, daß durch § 1370 die analoge Anwendung des § 1326 vorgeschrieben, mithin der Vormund des entmündigten Ehemannes zur Wahrnehmung der ehemännlichen Rechte berufen und in die Gemeinschaft mit der Frau eingeführt wird! Dem Wesen der Sache entspricht allein der Übergang der Stellung als Gemeinschaftshaupt auf die Frau.

[2]) Wenn die Motive S. 367 das Haftungssystem des Entwurfes mit dem der Kommanditgesellschaft vergleichen, so hätte doch auch von diesem Standpunkt aus ein Gemeinschaftskonkurs angenommen werden müssen.

und alles so geordnet ist, als sei die hinsichtlich der Zuständigkeit verworfene Theorie des Alleineigentums des Mannes angenommen. In einer bestimmten Richtung wird sogar ein solches Alleineigentum fingiert. Denn hinsichtlich der gesetzlichen Unterhaltsansprüche der beiderseitigen Verwandten soll es so angesehen werden, „wie wenn das Gesamtgut dem Ehemanne gehörte und wie wenn die Verwandten der Ehefrau zu dem Ehemanne in demjenigen Verwandtschaftsverhältnisse sich befänden, in welchem sie zu der Ehefrau sich befinden(!)", eine Fiktion, deren zweite Hälfte dann hinsichtlich des Stammes eines Sonderguts und hinsichtlich des Vorbehaltsguts eines Ehegatten wieder weggedichtet wird (§ 1363). Bei einer derartigen Regelung der Haftungsfrage glaubt der Entwurf auf jede Schutzmaßregel gegen die Überlastung durch voreheliche Schulden des anderen Teiles verzichten zu dürfen. Er gewährt ferner in keinem Falle dem Manne die Möglichkeit, die persönliche Haftung für eine von der Frau verschuldete Gesamtgutsverbindlichkeit unter Opferung des Gesamtgutes abzulehnen, während die Frau bei dem Mangel jeder persönlichen Haftung für die Gesamtgutsverbindlichkeiten als solche eines Rechtes der Ausschlagung der Gemeinschaft behufs Befreiung von der Schuldenhaftung nicht bedarf. Im Verhältnis der Ehegatten zueinander legt der Entwurf dem Manne eine Verantwortlichkeit nur wegen absichtlicher Benachteiligung der Frau und wegen Überschreitung seines Verwaltungsrechtes auf (§ 1364), begründet Ersatzverbindlichkeiten und Ersatzansprüche des Mannes wegen Verwendungen aus dem Gesamtgut in sein Vorbehaltsgut oder aus seinem Vorbehaltsgut in das Gesamtgut (§ 1365) und verpflichtet den Mann, der Frau die Mittel zur ordnungsmäßigen Besorgung ihrer persönlichen Angelegenheiten zu gewähren (§ 1366). Die Gesamtgutsverbindlichkeiten behandelt er nach innen als gemeinschaftliche Verbindlichkeiten, bürdet aber gewisse Gesamtgutsverbindlichkeiten, die durch Verschulden eines Ehegatten oder in Bezug auf sein Vorbehalts- oder Sondergut entstanden sind, nur demjenigen Ehegatten auf, von dessen Seite sie herrühren (§ 1367). Auch soll dem Manne allein eine von ihm einem Kinde gewährte oder zugesicherte Ausstattung insoweit zur Last fallen, als dieselbe das dem Gesamtgut entsprechende Maß übersteigt (§ 1368). Im Gegensatze zu dem beim gesetzlichen Güterstande durchgeführten Grundsatze suspendiert der Entwurf die Geltendmachung der Ansprüche auf Leistung an das Gesamtgut und aus dem Gesamtgut bis zur Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft; doch gilt dies nicht für die Ansprüche der Frau auf Leistung aus dem Gesamtgut und ebensowenig für die Ansprüche des Mannes auf Leistung

an das Gesamtgut aus einem zureichenden Vorbehalts- oder Sondergut der Frau (§ 1369)[1]).

Die „Auflösung der Gütergemeinschaft" (3) erfolgt nach dem Entwurfe nicht nur durch Auflösung der Ehe und durch Ehevertrag, sondern auch durch rechtskräftiges Urteil auf Antrag der Frau wegen erheblich gefährdender Überschreitung des Verwaltungsrechtes, absichtlich schädigender Handlungsweise, Verletzung der Unterhaltspflichten und verschwenderischer Wirtschaft seitens des Mannes (§§ 1371—1372). Die sonst im geltenden Recht anerkannten Gründe eines einseitigen Antrages auf Gütersonderung sollen beseitigt werden (Motive S. 397—399)[2]). An Stelle der Gütergemeinschaft tritt im Falle der vertragsmäßigen Aufhebung im Zweifel der gesetzliche Güterstand, dagegen im Falle der Aufhebung durch Richterspruch die Gütertrennung und nur auf besonderen Antrag der Frau der gesetzliche Güterstand (§ 1381). Die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft will der Entwurf abweichend von allen bisherigen Rechten nach dem Vorbilde der Liquidation einer Handelsgesellschaft regeln. Darum sollen nicht sofort, sondern erst in und mit der Auseinandersetzung Sonderrechte der Ehegatten hervortreten. Inzwischen soll das bisherige Gesamtgutsverhältnis fortbestehen; doch wandelt sich die Gemeinschaft dahin ab, daß sie neuen Erwerb und neubegründete Verbindlichkeiten eines Ehegatten nicht mehr aufnimmt, daß unter Wegfall des einseitigen Verwaltungsrechtes des Mannes nunmehr nur beide Ehegatten zur gesamten Hand verwaltungs- und verfügungsberechtigt sind und demgemäß auch die Zwangsvollstreckung gegen das Gesamtgut eines vollstreckbaren Titels gegen beide Ehegatten bedarf, daß dafür der Anteil jedes Ehegatten der Zwangsvollstreckung zu Gunsten seiner Gläubiger unterliegt und in seine Konkursmasse fällt, daß endlich jeder Ehegatte die Teilung verlangen kann (§§ 1373—1376). Die Auseinandersetzung selbst soll in der Weise erfolgen, daß aus dem Gesamtgut zunächst alle Gesamtgutsverbindlichkeiten berichtigt und zu diesem Behufe die Gesamtgutsgegenstände in Geld umgesetzt werden, der Rest aber nach Hälften geteilt wird; bei dieser Teilung sollen die gewöhnlichen Grundsätze der Gemeinschaftsteilung gelten, modifiziert durch das Recht jedes Ehegatten, die von ihm eingebrachten oder durch Erbgang oder Schenkung erworbenen Gegenstände und die ausschließlich zu seinem per-

[1]) Sehr viel einfacher, aber grundsätzlich nicht abweichend Bähr S. 258 ff. §§ 52—53 u. 57. — Über die Fassung dieser Bestimmungen des Entwurfs vgl. auch Bekker S. 33—34.

[2]) Hiergegen Bähr S. 258—259 zu § 55.

sönlichen Gebrauch bestimmten Sachen gegen den Schätzungswert zu übernehmen; Ersatzverbindlichkeiten eines Ehegatten an das Gesamtgut sollen zunächst durch Anrechnung auf seinen Teil beglichen werden, darüber hinaus jedoch eine persönliche Schuld gegen den anderen Ehegatten zurücklassen; wegen unberichtigter Gesamtgutsverbindlichkeiten soll, soweit dieselben im Verhältnis der Ehegatten zueinander dem Gesamtgut zur Last fallen, der Mann der Frau dafür haften, daß sie auf Grund etwaiger persönlicher Haftung von den Gläubigern nicht in Anspruch genommen wird, soweit aber die Verbindlichkeit nach innen der Frau zur Last fällt, die Frau dem Manne gegenüber eine entsprechende Haftung tragen (§§ 1377—1380). Alle diese Regeln sind zunächst auf die Fälle der Auflösung der Gütergemeinschaft bei Lebzeiten beider Ehegatten berechnet. Sie entsprechen mit Ausnahme einiger Sätze dann der Gerechtigkeit und dem praktischen Bedürfnis, wenn die Ehe fortbesteht. Keineswegs aber im Falle der Ehescheidung! Hier ist vielmehr das im Preußischen Landrecht und in zahlreichen anderen Gesetzen durchgeführte Prinzip einer Teilung nach ursprünglichen Bestandteilen, anstatt deren jedoch der unschuldige Ehegatte die Hälftenteilung wählen kann, für allein angemessen zu erachten. Es ist doch ein geradezu empörendes Ergebnis, daß nach dem Entwurfe der verschuldete Mann, der eine reiche Frau geheiratet hat und nach kurzer Zeit ihr untreu wird, unweigerlich bei der vielleicht von ihm mit Rücksicht hierauf provozierten Scheidung die Hälfte des Vermögens als Beute davonträgt! Die Motive (S. 610—612) rechtfertigen die Zulassung einer derartigen „Härte" lediglich mit der Erwägung, daß nun einmal, da die Scheidung nur für die Zukunft wirkt, ein anderes System als die Quotenteilung mit „allgemeinen Grundsätzen" nicht verträglich, überdies aber die Auseinandersetzung nach ursprünglichen Bestandteilen mitunter schwierig sei. Solche fadenscheinigen Gründe können unmöglich den Ausschlag geben, wo es sich um eine Frage der materiellen Gerechtigkeit handelt. Mit „allgemeinen Grundsätzen" ist es sehr wohl vereinbar, daß im Falle der Ehescheidung die Teilung des gütergemeinschaftlichen Vermögens nach einem Maßstabe erfolgt, in welchem die Zerreißung der Ehe zum Ausdruck gelangt. Die Schwierigkeiten aber eines Rückgriffs auf die ursprünglichen Eigentumsverhältnisse sind hier nicht größer, als sie bei dem gesetzlichen Güterstande des Entwurfes sich regelmäßig ergeben[1]). Und dieselben Vorschriften, die zunächst auf die Fälle der Gütersonderung

[1]) Übereinstimmend Brie, Gutachten für den 20. Juristentag Bd. 2 S. 254—255 u. 262.

während der Ehe und bei der Ehescheidung berechnet sind, sollen dann auch für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod gelten und verstoßen hier wieder in einer anderen Richtung gegen den Geist der deutschen Gütergemeinschaft. Es ist eben ein zwar bequemes, aber durchaus unzulässiges Verfahren, wenn man die Folgen der Auflösung der allgemeinen Gütergemeinschaft durch eine einzige mechanische Regel für alle Fälle gleichmäßig normiert.

Von den Folgen der Auflösung der allgemeinen Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten handelt der Entwurf unter der Überschrift „gütergemeinschaftliche Erbfolge" (4). Hier bestimmt er eben zuvörderst, daß „der Anteil des verstorbenen Ehegatten an dem Gesamtgute" zu dessen Nachlaß gehört und daß auf die Gemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen die Vorschriften der voranstehenden Paragraphen Anwendung finden (§ 1382). Er verwirft also das dem Wesen der gesamten Hand am meisten entsprechende Konsolidationsprinzip und legt das Kondominialprinzip zu Grunde. Und er erkennt hierbei keinen aus dem ehelichen Güterrecht stammenden Vorzug des überlebenden Ehegatten vor den Erben des verstorbenen an. Vielmehr sucht er die Ausgleichung der aus dem Grundsatz der Hälftenteilung hervorgehenden Unbilligkeiten und Mißstände ausschließlich auf dem Boden des Erbrechts.

Im Falle der unbeerbten Ehe verweist er lediglich auf die gewöhnlichen Erbrechtsregeln (§ 1383 Abs. 1). Gerade hier wäre, von den einer besonderen Regelung bedürftigen Ansprüchen etwaiger Vorkinder des verstorbenen Ehegatten abgesehen, der Anfall des ganzen Gesamtgutes an den überlebenden Ehegatten nach Maßgabe des Konsolidationsprinzips weit angemessener. In das Vorbehalts- oder Sondergut des verstorbenen Ehegatten könnte dann immerhin die gewöhnliche Erbfolge stattfinden. Will man soweit nicht gehen, so müßte man doch mit dem Preußischen Landrecht und dem westfälischen Gesetz dem überlebenden Ehegatten die lebenslängliche Leibzucht an den Erbteilen der Miterben einräumen. Denn es widerspricht dem Wesen der allgemeinen Gütergemeinschaft, wenn der überlebende Ehegatte von dem Gesamtgut, das vielleicht ausschließlich von ihm herrührt, an Ascendenten oder Seitenverwandte des verstorbenen Ehegatten etwas herausgeben muß. In manchen Fällen werden ja die Ehegatten durch Erbvertrag oder Testament einer solchen Eventualität vorbeugen (Motive S. 422). Allein abgesehen davon, daß sie auch hierbei die Pflichtteilsansprüche der Eltern berücksichtigen müssen, darf der Eintritt der dem Wesen der Sache entsprechenden Rechtsfolgen nicht von einer besonderen Verfügung von

Todes wegen abhängig gemacht werden, die doch nach deutscher Sitte meist unterbleibt. Gerade im Bürger- und Bauernstande derjenigen Rechtsgebiete, in denen die allgemeine Gütergemeinschaft am festesten wurzelt, wird voraussichtlich am seltensten solche Fürsorge getroffen werden. Muß dann der überlebende Ehegatte von dem Gesamtgut, das etwa lediglich in einem Grundstück mit Zubehör oder in einem Geschäftsinventar und der gewöhnlichen Hauseinrichtung besteht, Erbanteile herauszahlen, so wird hierdurch sowohl das Rechtsbewußtsein der beteiligten Kreise als auch das volkswirtschaftliche Interesse an der Erhaltung geordneter Hausstände verletzt. Man erwäge nur, wie wenig es beispielsweise mit einem gesunden bäuerlichen Recht harmoniert, wenn der Bauer nach dem Tode der Bäuerin an deren Geschwister oder Geschwisterkinder Auszahlungen wegen ihrer Erbanteile an einem von ihm herstammenden Hofe machen soll[1]). Will man durchaus die Erbteilung durchführen, so muß man mindestens den überlebenden Ehegatten durch die Gewährung des Rechtes, die zum Gesamtgut gehörigen Gegenstände oder doch die Grundstücke und die für den täglichen Hausgebrauch bestimmten Sachen ohne Rücksicht auf ihre Herkunft zum Schätzungswerte zu übernehmen, vor der Zerstörung seiner Wirtschaft oder seines Hausstandes sichern. Der Entwurf giebt ihm freilich ein solches Übernahmerecht hinsichtlich der von ihm herrührenden Gegenstände, rüstet aber die Erben des verstorbenen Ehegatten mit genau demselben Übernahmerecht bezüglich der von ihrem Erblasser herstammenden Gegenstände aus, während er hinsichtlich der von dem Ehepaar gemeinschaftlich erworbenen Gegenstände ein Übernahmerecht überhaupt nicht anerkennt. Somit kann der bäuerliche Wirt, der auf den Hof seiner Frau geheiratet hat, nach deren Tode von deren Erben vertrieben werden[2]). Das widerspricht auf das schroffste dem Wesen und Zweck der allgemeinen Gütergemeinschaft. Wenn die Motive sich auf das Interesse der Familie an der Erhaltung des von ihr herstammenden Besitztums bei den Familiengliedern berufen (S. 423), so offenbaren sie hiermit einen vollständigen Mangel an Verständnis für den Geist der allgemeinen Gütergemeinschaft, welche eben der durch die Ehe bewirkten Personen-

[1]) Auch wo Anerbenrecht besteht, soll die Landesgesetzgebung nach Art. 87 des E. G. diese Folge der Auflösung der Gütergemeinschaft zwar mildern, aber nicht beseitigen können.

[2]) Dies soll auch da, wo Anerbenrecht besteht, durch die Landesgesetzgebung nicht geändert werden können; dieselbe kann vielmehr nach Art. 87 des E. G. lediglich einem der übernahmeberechtigten Miterben das Anerbenrecht zusprechen und diesem dann die Hofesübernahme erleichtern.

vereinigung den Vorrang vor dem Sippeverbande einräumt. Der Entwurf geht in der mechanischen Gleichstellung des überlebenden Ehegatten und der Erben des verstorbenen Ehegatten soweit, daß er nicht einmal bis zur Auseinandersetzung dem überlebenden Ehegatten eine überwiegende Stellung bei der Verwaltung des Gesamtgutes einräumt, sondern die Erben zur Mitverwaltung beruft. Eine derartige Ordnung findet sich in keinem deutschen Recht, welches auf dem Boden der allgemeinen Gütergemeinschaft steht. Bei aller Mannigfaltigkeit der Bestimmungen kommt doch irgendwie stets der Gedanke zum Ausdruck, daß dem überlebenden Ehegatten die Fortführung der auf das Gesamtgut gebauten Wirtschaft ermöglicht werden muß. Der Entwurf erzielt durch seine kahlen Vorschriften freilich den „Vorteil", daß im Falle der Auflösung einer unbeerbten gütergemeinschaftlichen Ehe durch den Tod seine „allgemeinen Grundsätze" unverkümmert zur Anwendung kommen. Dafür bricht er aber mit der deutschen Rechtsentwicklung und opfert die dem eigentlichen Sinn der Gütergemeinschaft entsprechenden Wirkungen der ehelichen Vermögensverschmelzung.

In angemessenerer Weise regelt er die Verhältnisse im Falle der beerbten Ehe. Denn hier läßt er nach dem Tode eines Ehegatten zwischen dem überlebenden Ehegatten und den „gemeinschaftlichen Abkömmlingen" die „fortgesetzte Gütergemeinschaft" eintreten, welche zwar durch Ehevertrag ausgeschlossen, jedoch weder durch Ehevertrag noch durch Verfügung von Todes wegen über die ausdrücklichen gesetzlichen Zulassungen hinaus abgeändert werden kann (§ 1383 Abs. 2). Allein im einzelnen leiden die überaus umständlichen Vorschriften des Entwurfes über die hieraus entspringenden Verhältnisse nicht nur an einer unerträglich verwickelten und verkünstelten Konstruktion und Fassung, sondern auch an materiell ungerechten und unzweckmäßigen Folgerungen aus den hier wie überall zu Grunde gelegten mechanischen Prinzipien[1]).

Der Entwurf baut die „fortgesetzte Gütergemeinschaft" auf ein Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten (§ 1384). Er hat sich auch hier nicht zu dem mit seinen „allgemeinen Grundsätzen" unvereinbaren Gedanken der Konsolidation des Eigentums am Gesamtgut in der Hand des überlebenden Teilhabers entschließen können. Andrerseits hat er nicht bloß den Zerfall des Gesamtgutes nach Erbteilen mit bloßem

[1]) Auch Bähr S. 260 ff. erklärt diese Bestimmungen für „eine der unglücklichsten Schöpfungen" des Entwurfes; sein Gegenentwurf (§§ 61—69) ist auf den Gedanken einer wirklichen Fortsetzung der Gütergemeinschaft gebaut, wird aber freilich den eigentlich deutschrechtlichen Gedanken nicht überall gerecht.

Beisitz- oder Leibzuchtrecht des überlebenden Ehegatten an den Erbteilen der Kinder, sondern auch das Einrücken der Kinder in einen ungesonderten Eigentumsanteil abgelehnt. So greift er zu dem scheinbar einfachen Auskunftsmittel des „gütergemeinschaftlichen Erbrechts", welches in Wahrheit einen dem Wesen des Verhältnisses widersprechenden Gedanken hineinträgt und daher durch eine Fülle von Sonderbestimmungen einigermaßen dem angestrebten Erfolge angepaßt werden muß.

Zunächst bedarf es einer Modifikation dieses Alleinerbrechts zu Gunsten „einseitiger Abkömmlinge" des verstorbenen Ehegatten. Da der Entwurf weder die Abschichtung mit der Wirkung der Totteilung noch die Einkindschaft kennt, beruft er die Stiefkinder als Miterben nach gewöhnlichen Grundsätzen (§ 1384).

Sodann muß das „gütergemeinschaftliche Erbrecht" des überlebenden Ehegatten gegen willkürliche Entziehung durch den anderen Ehegatten gesichert werden. Zu diesem Behuf wird dasselbe einem Vertragserbrecht gleichgestellt; nur über die durch den Wegfall eines nach § 1972 als tot fingierten einseitigen Abkömmlings dem ehelichen Erbteil zuwachsende Quote kann der Erblasser frei von Todes wegen verfügen (§ 1385). Jeder Ehegatte kann jedoch aus den Enterbungsgründen, und die Frau überdies aus den sie zum Verlangen der Gütersonderung berechtigenden Gründen, dem anderen Ehegatten das gütergemeinschaftliche Erbrecht entziehen (§ 1387). Auch kann der überlebende Ehegatte die gütergemeinschaftliche Erbfolge ausschlagen (§ 1386). In beiden Fällen tritt die gewöhnliche Erbfolge ein.

Weiter bedarf es einer Einschränkung des ehelichen Alleinerbrechts durch anwartschaftliche Anrechte der Kinder. Der Entwurf kleidet dieselbe in die Form eines gesetzlichen Eintritts der „fortgesetzten Gütergemeinschaft" zwischen dem überlebenden Ehegatten und „denjenigen gemeinschaftlichen Abkömmlingen, welche bei der Voraussetzung, daß Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten nicht bestanden hätte, als gesetzliche Erben würden berufen werden" (§ 1384 Abs. 1). Eine persönliche Haftung für Verbindlichkeiten des Erblassers oder des überlebenden Ehegatten soll mit diesem Ersatz für das gesetzliche Erbrecht nicht verbunden sein (§ 1384 Abs. 2). Das Kind kann den Eintritt in das Rechtsverhältnis der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht ablehnen; sein Pflichtteilsanspruch wird dadurch absorbiert (§ 1385 Abs. 2). Auch durch einseitige Verfügung eines Ehegatten kann an den Rechten der Kinder nichts geändert werden. Wohl aber durch eine mit gerichtlicher oder notarieller Zustimmung des anderen Ehegatten getroffene letztwillige Verfügung (§ 1390). Durch eine solche kann jeder Ehegatte für den

Fall seines Todes einen gemeinschaftlichen Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausschließen; dieser Abkömmling ist dann „in Ansehung der gütergemeinschaftlichen Erbfolge als vor dem Erbfalle verstorben anzusehen", behält aber trotz seines fingierten Todes den gewöhnlichen Pflichtteilsanspruch (§ 1388). Auf demselben Wege kann der künftige Anteil eines gemeinschaftlichen Abkömmlings bis auf die Hälfte und beim Vorhandensein eines Enterbungsgrundes unter die Hälfte herabgemindert oder durch eine bestimmte Teilungsordnung beschränkt werden (§ 1389). Durch eine Reihe von Fiktionen werden die Vorschriften über den außerordentlichen Pflichtteil, über die Erbunwürdigkeitserklärung und über den Erbverzicht auf die Rechte der anteilsberechtigten Abkömmlinge, obwohl dieselben formell keine Erbrechte sind, anwendbar gemacht (§§ 1391—1393)[1]. Auch empfängt, um zwischen den in die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintretenden Kindern und den Stiefkindern das Prinzip der Kollation durchführen zu können, der überlebende Ehegatte „bei der Teilung der Erbschaft zwischen ihm und einem einseitigen Abkömmlinge in Ansehung der unter den Abkömmlingen des letzteren wegen des Vorempfangenen zu bewirkenden Ausgleichung diejenigen Rechte und Verpflichtungen, welche die gemeinschaftlichen Abkömmlinge haben würden, wenn sie Erben des verstorbenen Ehegatten geworden wären" (§ 1394). Dagegen wird ihm selbst unbilligerweise jeder Ausgleichungsanspruch wegen des von einem Stiefkinde Vorempfangenen versagt (Motive S. 383 und 450—451). Man sieht, daß diese Anrechte der Kinder am Nachlaß ihres verstorbenen Elternteiles in allen Farben schillern: sie sind keine Erbrechte, werden aber materiell behandelt, als wären sie Erbrechte; sie erzeugen kein Anteilsrecht, machen aber zum „anteilsberechtigten Abkömmling", der so angesehen wird, als habe er einen Anteil. Hätte der Entwurf das Konsolidationsprinzip zu Grunde gelegt, so hätte er die in Wahrheit unpassende Heranziehung erbrechtlicher Grundsätze und Analogieen überhaupt vermeiden können; er hätte im Einklange mit dem Gedanken der gesamten Hand das Eigentum am Gesamtgut dem an die Stelle des Elternpaares getretenen überlebenden Ehegatten kraft Vereinigungsrechtes zusprechen,

[1] Der § 1391 enthält nicht weniger als drei Fiktionen: „Die erbrechtlichen Vorschriften über den außerordentlichen Pflichtteil finden zu Gunsten eines anteilsberechtigten Abkömmlings mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß die Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft als Erbfall, der dem Abkömmling zur Zeit der Auflösung gesetzlich zustehende Anteil an dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft als der gesetzliche Erbteil und die Hälfte des Wertes dieses Anteils als Pflichtteil gelten."

den Kindern eigentümlich gestaltete dingliche Rechte mit Einschluß der Anwartschaft auf bestimmte Anteile kraft Hausgemeinschaftsrechtes zuteilen, das Vorhandensein aber eines Erbfalles und eines Nachlasses in Ansehung des Gesamtgutes ganz verneinen müssen. Der Entwurf konnte auch mit geringen Modifikationen dieses Systems von dem Gedanken der gesamten Hand aus zu einer echten „fortgesetzten Gütergemeinschaft" gelangen, wenn er den Zerfall des Gesamtgutes in eine Eigentumshälfte und eine Nachlaßhälfte ebenfalls ablehnte, die Kinder aber in die Mitträgerschaft der ungesonderten Eigentumsgemeinschaft einrücken ließ. Wollte er durchaus eine Beerbung des verstorbenen Ehegatten im Gesamtgut eintreten lassen, so hätte er vielleicht besser daran gethan, auch den Kindern gleich Erbteile zuzusprechen, die ja dann durch das Recht des überlebenden Ehegatten auf Fortführung der Gemeinschaft beliebig hätten eingeschränkt werden können. Denn wenn einmal geerbt wird, so widerspricht der Ausschluß der Kinder vom Erbe dem natürlichen Gefühl. Wenn aber der Entwurf das von ihm gewählte System einer Kombination des Beerbungsprinzips mit dem Prinzip des Fortbestandes eines Gesamtgutes ohne gesonderte Anteile durchführen wollte, so mußte er mindestens die Anrechte der Kinder am Gesamtgut auf ein selbständiges Fundament stellen und ihrer eigentümlichen Natur gemäß ausgestalten, anstatt sie durch lauter negative oder positive erbrechtliche Analogiesätze in ebenso künstlicher wie unklarer Weise zu normieren.

Das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten bedarf endlich insofern einer Einschränkung, als der verstorbene Ehegatte Vorbehalts- oder Sondergut hinterlassen hat. Denn offenbar würde, wenn ausnahmsweise bei der allgemeinen Gütergemeinschaft ein derartiges Gut ausgeschieden ist, der ausschließliche Anfall desselben an den überlebenden Ehegatten dem Zwecke der Einrichtung widersprechen. Würde in das Gesamtgut eine Erbfolge nicht eröffnet, sondern das Konsolidationsprinzip oder das Repräsentationsprinzip durchgeführt, so erschiene das etwaige Vorbehalts- oder Sondergut als allein vorhandener Nachlaß und wäre demgemäß Gegenstand der gewöhnlichen Erbfolge. Der Entwurf dagegen kann um solches Gutes willen die alleinige Universalsuccession des überlebenden Ehegatten nicht fallen lassen. Er spricht daher zwar dieses Gut den nach den Grundsätzen der gemeinen Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen oder durch das Gesetz dazu berufenen Personen zu. Insoweit aber die durch das gütergemeinschaftliche Erbrecht des überlebenden Elternteils von der Erbfolge ausgeschlossenen Kinder kraft Gesetzes in das Vorbehalts- oder Sondergut succedieren, stellt er die Fiktion auf, daß ihnen dasselbe „durch Vermächtnis be-

schieden" sei. Dadurch werden dann weitere Vorschriften über die entsprechende Anwendung der erbrechtlichen Regeln über den Pflichtteil, den außerordentlichen Pflichtteil und die Kollation erforderlich (§ 1395).

Die Rechtsverhältnisse der fortgesetzten Gütergemeinschaft ordnet der Entwurf in Anlehnung an die von ihm für die eheliche Gütergemeinschaft gegebenen Vorschriften. Das „Gesamtgut" wird durch das gesamte Vermögen und den späteren Erwerb des überlebenden Ehegatten gebildet, während das Vermögen und der spätere Erwerb der Kinder nicht in die Gemeinschaft fällt; doch behält das Vorbehalts- oder Sondergut des überlebenden Ehegatten einschließlich des späteren dazu qualifizierten Erwerbes diese Eigenschaft auch für die fortgesetzte Gütergemeinschaft (§ 1396). Die Gemeinschaft bleibt dem Prinzip der gesamten Hand unterworfen, so daß es auch an diesem Gesamtgut veräußerliche und vererbliche Anteile nicht giebt; beim Tode eines anteilsberechtigten Abkömmlings fällt dessen Anteil nicht an seine Erben (auch nicht an seine Ehefrau), sondern zunächst an seine nunmehr zur Gemeinschaft berufenen Abkömmlinge, sodann an die übrigen anteilsberechtigten Abkömmlinge, äußersten Falls an den überlebenden Elternteil (§ 1397). Es gilt also der Satz: „was in der Were verstirbt, erbt wieder an die Were". Zugelassen wird jedoch sowohl der einseitige wie der vertragsmäßige Verzicht eines Abkömmlings auf seinen Anteil mit bindender Wirkung für seine Nachkommen[1]); hinsichtlich einer dafür etwa gewährten Abfindung kann unter den in der Gemeinschaft verbleibenden Personen mit dinglicher Kraft eine bestimmte Art der Anrechnung bei der späteren Auseinandersetzung verabredet werden (§ 1398). Auf diese Weise bleibt also die Abschichtung eines Kindes, das aus der Hausgemeinschaft scheiden will, um sich selbständig einzurichten, zu heiraten, auszuwandern u. s. w., auch fernerhin möglich. Es ist nur unerfindlich, warum der Entwurf nicht die Abschichtung als normales Institut von selbständiger Bedeutung aufnimmt und die ihr angemessenen Wirkungen im Zweifel von Rechts wegen ohne besondere Vereinbarung eintreten läßt. Den Fall eines Verzichtes ohne Abfindung hätte er dann immerhin nebenher ins Auge fassen können. Die Verwaltung des Gesamtguts und die daraus entspringenden gegenseitigen Ansprüche normiert der Entwurf durch Verweisungen auf die Vorschriften über die eheliche Gütergemeinschaft, welche mit der Maßgabe entsprechende Anwendung finden sollen, „daß der überlebende Ehegatte die Rechte und Verbindlichkeiten

[1]) Der Entwurf braucht wieder eine Fiktion, um dies Ergebnis zu erzielen: der Verzichtende gilt als zur Zeit des Verzichtes ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstorben.

des Ehemannes, die anteilsberechtigten Abkömmlinge die Rechte und Verbindlichkeiten der Ehefrau haben" (§ 1399 Abs. 1). Nach demselben Prinzip sollen alle Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten „Gesamtgutsverbindlichkeiten" sein und als solche den Gläubigern gegenüber behandelt werden (§ 1399 Abs. 2). Im Verhältnis des überlebenden Ehegatten zu den anteilsberechtigten Abkömmlingen werden gewisse Gesamtgutsverbindlichkeiten auch hier nicht dem Gesamtgut, sondern je nach ihrem Ursprunge dem überlebenden Ehegatten oder den Kindern (den letzteren jedoch nur behufs Anrechnung auf den künftigen Auseinandersetzungsanteil) zur Last gelegt (§ 1400). Eine übermäßige Ausstattung soll auch hier der überlebende Ehegatte auf sich nehmen (§ 1401). Durch eine besondere sehr umständliche Bestimmung werden die Folgen der kraft der gütergemeinschaftlichen Erbfolge eintretenden Vereinigung von Forderung und Schuld hinsichtlich der zwischen den Ehegatten begründeten Schuldverhältnisse unschädlich gemacht (§ 1402). So ergiebt sich schließlich dem materiellen Erfolge nach eine familienrechtliche Vermögensgemeinschaft zur gesamten Hand, welche als Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb gestaltet ist und auf dem Gedanken eines vom Familienhaupte verwalteten einheitlichen Hausvermögens mit festen Anrechten der Kinder auf Mitwirkung bei den wichtigsten Substanzverfügungen und auf unentziehbare künftige Anteile beruht. Das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten sinkt zum bloßen „Konstruktionsmittel" herab (Motive S. 465). Es ist nur zu bedauern, daß man nicht, anstatt einen so künstlichen und undurchsichtigen Bau aufzuführen, das Rechtsverhältnis der fortgesetzten Gütergemeinschaft aus seinem eignen Gedanken heraus entwickelt und in gemeinverständlicher Fassung geregelt hat.

Die Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft soll durch den Tod, die Wiederverheiratung und eine zum Nachlaßgericht abgegebene einseitige Erklärung des überlebenden Ehegatten, durch Vertrag sämtlicher Teilhaber und durch Richterspruch auf begründeten Antrag eines anteilsberechtigten Abkömmlings eintreten (§ 1403). Wenn im Falle der Wiederverheiratung ein anteilsberechtigter Abkömmling minderjährig oder bevormundet ist, soll der überlebende Ehegatte verpflichtet sein, dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen und ein Vermögensverzeichnis zu überreichen und schon vor der Eheschließung die Auflösung und Auseinandersetzung herbeizuführen; doch soll das Vormundschaftsgericht gestatten können, daß die Auflösung bis zur Eheschließung unterbleibe und die Auseinandersetzung auf spätere Zeit verschoben werde (§ 1404). Die Gründe, aus denen ein Kind die Auflösung verlangen kann, entsprechen

genau den Gründen, welche die Ehefrau zu dem Antrage auf Gütersonderung berechtigen; nur tritt als fünfter Grund die Verwirkung der elterlichen Gewalt hinzu (§ 1405 Abs. 1). Bezeichnend für die Auffassung des Entwurfes ist es, daß die Einleitung einer Vormundschaft (außer wegen Verschwendung) oder einer Abwesenheitspflege über das Gemeinschaftshaupt keinen Auflösungsgrund bilden soll (Motive S. 473). Das Recht auf Fortführung der Gemeinschaft wird eben wieder als ein reines Individualrecht vorgestellt, das der überlebende Ehegatte durch Verschulden verwirken kann, im übrigen aber niemals wider seinen Willen einbüßt. Ist er unfähig, so übt es für ihn sein gesetzlicher Vertreter aus, der nun die Aufgabe hat, die Gemeinschaft mit den Kindern im Interesse seines Mündels festzuhalten und auszunützen. Unbekannt ist dem Entwurfe eine t e i l w e i s e A u f l ö s u n g der fortgesetzten Gütergemeinschaft, soweit nicht eine solche durch den schon erwähnten „Verzicht" eines Kindes herbeigeführt wird. Der überlebende Ehegatte kann niemals einseitig die Abschichtung eines Kindes unter Fortsetzung der Gemeinschaft mit den übrigen Kindern durchsetzen. Andrerseits hat ein Kind niemals wegen erlangter Großjährigkeit oder Gründung eines eignen Hausstandes ein Recht auf Abschichtung. Und wenn auf Antrag eines Kindes wegen Mißwirtschaft des Gemeinschaftshauptes die Auflösung ausgesprochen wird, so bewirkt das Urteil stets die Auflösung der Gemeinschaft auch hinsichtlich der übrigen Kinder (§ 1405 Abs. 2). Wenn die Motive die Ablehnung der teilweisen Auflösung mit den Schwierigkeiten der Auseinandersetzung beim Ausscheiden eines einzelnen Kindes rechtfertigen, so werden sie durch die Erfahrung zahlreicher gütergemeinschaftlicher Rechtsgebiete widerlegt. In der That entspricht in vielen Fällen die Abschichtung des einen oder anderen Kindes einem praktischen Bedürfnis; es läßt sich sogar behaupten, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft in ihrer normalen Gestalt darauf angelegt ist, nicht durch einen einzigen Akt, sondern durch successive Auseinandersetzung bei der Verselbständigung der einzelnen heranwachsenden Kinder ihr Ende zu erreichen. Der Entwurf kennt ferner keine A b s c h i c h t u n g m i t d e r W i r k u n g d e r T o t t e i l u n g. Die Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft führt stets nur zu einer Aufteilung des Gesamtguts mit Rücksicht auf den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten, während sie die Ansprüche an den zum Nachlaß des überlebenden Ehegatten gehörenden Anteil nicht berührt. Somit werden bei der Beerbung des überlebenden Elternteils abgefundene Kinder niemals durch unabgefundene Kinder ausgeschlossen. Ist ein Kind durch elterliche Verfügung bei Lebzeiten beider Ehegatten von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen (§ 1308) oder hat es auf seinen Anteil

an derselben verzichtet (§ 1398), so beerbt es zwar nicht seine in der Gemeinschaft versterbenden Geschwister (§ 1397), behält aber sein Erbrecht und seinen Pflichtteilsanspruch in Ansehung der dem überlebenden Elternteil gebührenden Quote des Gesamtguts. Durch einen besonderen Erbverzicht kann es freilich auch diese Ansprüche aufgeben. Allein dann büßt es sein Erbrecht auch für den Fall der Auflösung der Gemeinschaft vor dem Tode des überlebenden Ehegatten ein. Auch kann es natürlich zu einem solchen Erbverzichte niemals gezwungen werden. Hieraus ergiebt sich zugleich, daß im Falle der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten die Auseinandersetzung desselben mit den Kindern erster Ehe niemals zu einer vollständigen Abfindung derselben vom Gesamtgut der folgenden Ehe führt. Vielmehr konkurrieren die Vorkinder stets bei der Aufteilung des Gesamtgutes der zweiten Ehe und müssen gerade deshalb, wenn eine fortgesetzte Gütergemeinschaft zwischen ihrem Stiefvater oder ihrer Stiefmutter und den Kindern der zweiten Ehe eintritt, als Miterben in das Gesamtgut berufen werden (§ 1384). Dieser mißlichen Zerreißung der von dem System der allgemeinen Gütergemeinschaft angestrebten Vermögenseinheit kann künftig auch nicht mehr durch die Annahme der Vorkinder in das Gemeinschaftsverhältnis der neuen Ehe vorgebeugt werden. Denn der Entwurf will das hierauf berechnete Institut der Einkindschaft völlig und ohne Ersatz beseitigen (Motive S. 486–491). Bei seiner Grundrichtung versteht es sich gewissermaßen von selbst, daß er für ein so durch und durch deutsches Rechtsgebilde keine Sympathie empfinden kann. Ist dasselbe doch in den Augen der Mehrzahl unserer Juristen längst gerichtet. Man erblickt in ihm das Erzeugnis einer hyperidealistischen Gefühlspolitik, welche die Nachteile der mehrfachen Ehe durch die Gleichstellung der Stiefkinder mit leiblichen Kindern mildern und die Innigkeit des Familienlebens fördern will, jedoch der rauhen Wirklichkeit gegenüber nicht zu bestehen vermag, trotz aller Ausgleichungen durch die Anordnung eines Voraus für die Kinder reicherer Herkunft und durch sonstige fürsorgliche Vorbehalte wider die Gerechtigkeit verstößt und häufig, wo sie Frieden zu säen glaubt, Unfrieden erntet. Die Motive spitzen daher die Frage dahin zu, ob das Institut der Einkindschaft „als ein heilsames oder als ein schädliches anzusehen" sei, und antworten ohne Bedenken: es ist „schädlich" und wert, daß es zu Grunde gehe. Man sollte aber wahrlich Anstand nehmen, ein in manchen Gegenden noch in voller Lebenskraft blühendes Institut, welches den Gedanken der Familieneinheit über die Sonderung der Interessensphären stellt, mit Stumpf und Stiel auszurotten. Man könnte den Einkindschaftsvertrag, dessen Abschluß ja

immer vom freien Willen der Beteiligten und von der Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts abhängig bleibt, ohne Gefahr allgemein zulassen. Will man dies nicht, so müßte man mindestens entweder die Vereinkindschaftung der in fortgesetzter Gütergemeinschaft befangenen Kinder bei Eingehung einer neuen gütergemeinschaftlichen Ehe gestatten oder aber einen Vorbehalt zu Gunsten der landesgesetzlichen Anerkennung der Einkindschaft machen.

Hinsichtlich der Folgen der Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft führt der Entwurf die Analogie der ehelichen Gütergemeinschaft vollständig durch, indem er auf die betreffenden Paragraphen verweist und nur in bekannter Manier allerlei Maßgaben und Zusätze anflickt (§§ 1406—1408). Bei der Auseinandersetzung soll der Zustand des Gesamtguts zur Zeit der Auflösung (nur bei der Auflösung durch Urteil auf Verlangen sämtlicher Kinder der Zustand zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit) zu Grunde gelegt werden. Die Teilung erfolgt im Sinne der aufgeschobenen (nicht aber zugleich der erfrühten) Erbfolge, so daß nun die anteilsberechtigten Abkömmlinge zum Ersatz für ihren einstmaligen Ausschluß vom Erbrecht dergestalt am Gesamtgut partieipieren, als träte in Ansehung desselben erst jetzt die Beerbung ihres verstorbenen Elternteils ein. Dagegen wird das eheliche Erbrecht als durch den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft absorbiert erachtet. Demgemäß wird das Gesamtgut zwischen dem überlebenden Ehegatten und den anteilsberechtigten Abkömmlingen nach Hälften geteilt, während die Weiterverteilung der Kinderhälfte nach dem Maßstabe der gesetzlichen Erbanteile, welche bei nun erst erfolgtem Tode des vorverstorbenen Ehegatten entstehen würden, unter Berücksichtigung noch unerledigter Kollationsansprüche stattfindet. Diese Hälftenteilung enthält für den Fall einer Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft bei Lebzeiten des überlebenden Ehegatten eine offenbare Unbilligkeit. Denn da der Erwerb des überlebenden Ehegatten das Gesamtgut mehrt, der Erwerb der Kinder nicht in dasselbe hineinfällt, so muß nun der Vater oder die Mutter ohne jeden Ersatz das allein erarbeitete oder sonst gewonnene Vermögen zur Hälfte den Kindern abtreten. Die Motive finden eine hinreichende Entschädigung in dem Aufschube der Erbansprüche der Kinder. Als wenn die Hinausschiebung der Teilung um egoistischer Interessen des überlebenden Elternteiles willen gestattet würde und nicht vielmehr die Aufgabe hätte, im Interesse der ganzen Familie die Einheit des Hausvermögens in der Hand des Familienhauptes zu erhalten! Anders läge die Sache, wenn nach dem Vorbilde zahlreicher geltender Rechte die Hälftenteilung mit der Wirkung der Totteilung ausgestattet wäre. Dann

wäre in der Herabminderung der Erbansprüche der abgefundenen Kinder am Vermögen des überlebenden Elternteils eine Ausgleichung für den ihnen zugewandten Vorteil zu finden. Insbesondere hätte dann der überlebende Ehegatte die Möglichkeit, mit dem von ihm zu bringenden Opfer die Freiheit seiner Hälfte für eine vollwirksame zweiteheliche Gütergemeinschaft zu erkaufen. Die Unbilligkeit des Entwurfes wird dadurch gesteigert, daß die Hälftenteilung sogar ohne Rücksicht auf die beim Tode des erstverstorbenen Ehegatten an dessen einseitige Abkömmlinge bereits gefallenen Erbteile durchgeführt werden soll (Motive S. 478—480). Dagegen wird sie einigermaßen ermäßigt durch das dem überlebenden Ehegatten (nicht aber seinen Erben) zugedachte Recht, das Gesamtgut oder einzelne Teile desselben zum Schätzungswerte zu übernehmen. Stiefkindern gegenüber fällt freilich auch dieses Übernahmerecht weg. Außerdem soll dasselbe im Falle der richterlichen Auflösung der Gütergemeinschaft wegen Mißwirtschaft nicht Platz greifen. Dann sollen vielmehr umgekehrt die anteilsberechtigten Abkömmlinge gemeinschaftlich dasjenige Übernahmerecht ausüben können, welches der verstorbene Ehegatte gehabt hätte.

Schließlich wird durch eine besondere Bestimmung dem überlebenden Ehegatten jede die Rechte der Kinder am Gesamtgut berührende Verfügung von Todes wegen untersagt (§ 1409).

So hat der romanistische Geist des Entwurfes auch dieses rein deutsche Rechtsinstitut im innersten Gefüge durchdrungen und seines tieferen Gehaltes beraubt. Auch hier ist alles nicht auf die Einheit des Hauses, sondern auf die nach künstlichen, jedoch durchaus mechanischen Gesichtspunkten bemessenen Individualrechte konkurrierender Vermögensinteressenten gestellt. Wer vermöchte in dieser aus Bruchstücken der verschiedensten Rechtsteile mit Hülfe von Analogieen und Fiktionen zusammengeleimten Ordnung die fortgesetzte Hausgemeinschaft des germanischen Rechtes wiederzuerkennen, bei welcher die so oder anders ausgestaltete Vermögenseinheit jedenfalls Ausfluß und Abbild des innigen persönlichen Bandes ist, das sich zwischen dem Familienhaupte und den Kindern in der Were schlingt? Es ist bezeichnend, daß der Entwurf seine fortgesetzte Gütergemeinschaft mit der Hausgemeinschaft als solcher überhaupt in keinerlei Bezug setzt. Ob die Kinder dem Hausstande des Vaters oder der Mutter noch angehören oder einen eigenen Hausstand begründet haben, ist ein für das Recht des Entwurfes vollkommen unerheblicher Umstand. Wir haben gesehen, daß dem großjährig gewordenen Kinde ein Recht auf Abschichtung behufs Verheiratung oder sonstiger Selbständigmachung nicht gewährt wird. Hiermit können wir uns einverstanden erklären. Allein notwendig

muß dann im Einklange mit fast allen geltenden Rechten dem aus dem Hause scheidenden Kinde ein fester Rechtsanspruch auf eine angemessene Ausstattung oder Ausrichtung aus dem Gesamtgute eingeräumt werden. Denn das ausgeschiedene Kind nimmt an dem unmittelbaren Mitgenuß des Hausvermögens nicht mehr teil. Ihm gebührt also ein Äquivalent für den Wegfall der einzigen Nutzung, die ihm bisher sein „Anteilsrecht" verschaffte. Besteht die „Gemeinschaft" fort, in welcher es nach wie vor „anteilsberechtigt" und zur Mitwirkung bei Verfügungen über das Vermögensganze und über Grundstücke sowie bei Liberalitätsakten berufen bleibt, so kann dieses Äquivalent nur in der Zuweisung eines Sondergutes behufs Verwendung für den eigenen Hausstand bestehen[1]).

Als dritten vertragsmäßigen Güterstand regelt der Entwurf die „Errungenschaftsgemeinschaft" (IV). Dabei führt er das System der reinen Errungenschaftsgemeinschaft durch und gestaltet dasselbe im Sinne einer schon während der Ehe wirksamen Gemeinschaft, nicht im Sinne der erst bei der Auseinandersetzung hervortretenden Gemeinschaft des Zugewinstes aus[2]). Er unterscheidet daher das aus dem ehelichen Erwerbe gebildete „Gesamtgut", das aus dem eingebrachten Vermögen, dem erbschaftlichen oder schenkungsmäßigen Erwerbe, dem vertragsmäßig dazu bestimmten Gut, den Surrogaten solcher Vermögensgegenstände und den unübertragbaren und unvererblichen Rechten bestehende beiderseitige „Sondergut" und das daneben etwa noch konstituierte beiderseitige „Vorbehaltsgut" (§§ 1410—1416). Die Rechtsverhältnisse dieser verschiedenen Vermögensmassen ordnet er durch Verweisung auf die „entsprechende Anwendung" einer großen Zahl früherer Paragraphen, die hinsichtlich des Gesamtgutes dem Recht der

[1]) Vgl. meine Genossenschaftstheorie S. 412 N. 2, 420 N. 3, 421 N. 1 u. 433 N. 2. — Ein Recht auf Ablehnung bezw. Auflösung der Gemeinschaft will Bähr S. 263 §§ 67—68 jedem volljährigen oder zu selbständiger Stellung gelangten Kinde gewähren.

[2]) Bähr, Beurteilung S. 538—540, der mit Recht die unerträgliche Umständlichkeit und Undurchsichtigkeit der vom Entwurfe aufgestellten Ordnung tadelt, wünscht eine Regelung der Errungenschaftsgemeinschaft im Sinne des formellen Alleineigentums des Mannes an allem Ehevermögen mit Ausnahme des Eingebrachten der Frau und der Surrogate desselben, so daß erst bei der Auseinandersetzung ein Anspruch der Frau auf die Hälfte des Zugewinstes hervortritt. Wir würden eine solche Umbildung der Errungenschaftsgemeinschaft für eine Vergewaltigung des Rechtsbewußtseins der meisten in Betracht kommenden Gebiete halten und glauben, daß auch ohne dieselbe das Verhältnis sich klar und einfach gestalten läßt. In seinem Gegenentwurfe S. 251—257 §§ 37—50 hat denn auch Bähr den Gemeinschaftsgedanken festgehalten und den Begriff des „Gesamtgutes" zu Grunde gelegt.

allgemeinen Gütergemeinschaft, hinsichtlich des Sonderguts und des Vorbehaltsguts der Frau dem Recht des gesetzlichen Güterstandes entnommen sind (§ 1417). Bei Durchsicht der Motive (S. 505—512) wird man sich des Eindruckes nicht erwehren können, daß hierbei in manchen Punkten dem Bestreben, die Aufstellung eigentümlicher Rechtssätze durch eine glatte Verweisung zu ersparen, ein dem Wesen der Errungenschaftsgemeinschaft angemesseneres Recht zum Opfer gefallen ist! Ergänzend bestimmt der Entwurf, daß das Gesamtgut die Lasten und Erhaltungskosten des beiderseitigen Sondergutes, dessen Nutzungen ihm ja ebenfalls zufließen, und den ehelichen Aufwand zu tragen hat (§§ 1418—1419); daß aus jeder Bereicherung des einen Gutes auf Kosten des anderen Ersatzansprüche zwischen Gesamtgut und Sondergut entstehen (§ 1420); daß eine Vermutung für die Zugehörigkeit alles vorhandenen Vermögens zum Gesamtgut spricht, jeder Ehegatte aber die Feststellung des Bestandes seines Sondergutes durch ein beiderseitig unterschriebenes datiertes Verzeichnis und dessen öffentliche Beglaubigung fordern kann (§ 1422). Hinsichtlich der Schuldenverhältnisse führt der Entwurf bei der Errungenschaftsgemeinschaft dieselben Prinzipien wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft durch (§§ 1423—1428). Auch hier gilt also eine vollkommene Schuldentrennung, welche nur dadurch modifiziert wird, daß für die als „Gesamtgutsverbindlichkeiten" anerkannten Schulden des einen wie des anderen Ehegatten das Gesamtgut haftet und der Mann überdies aus den Gesamtgutsverbindlichkeiten der Frau persönlich verpflichtet wird. Da alle Verbindlichkeiten des Mannes zugleich Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, haftet die Frau für die Schulden des Mannes unbedingt auch mit ihrem Errungenschaftsanteil; dagegen ist sie persönlich für keine nicht in ihrer Person begründete Gesamtgutsverbindlichkeit verpflichtet und haftet somit im Falle der Insuffizienz der Errungenschaft auch für die nicht gedeckten eigentlichen Eheschulden weder solidarisch noch zu einem Anteil[1]). Von den Verbindlichkeiten der Frau werden hier im Gegensatz zu dem Recht der allgemeinen Gütergemeinschaft nur bestimmte Kategorieen, bei welchen entweder eine vom Gesamtgut zu tragende Last oder eine vom Manne bewilligte geschäftliche oder gewerbliche Thätigkeit der Frau während bestehender Gemeinschaft zu Grunde liegt, für Gesamtgutsverbindlichkeiten erklärt; hier kann also nicht bloß wegen der während der Ehe von der Frau einseitig kontrahierten oder aus Vorbehalts-

[1]) Bähr S. 257 § 49 will sie mit ihrem Eingebrachten subsidiär für die mit ihrer Zustimmung gemachten Schulden haften lassen. — Vgl. auch Berolzheimer S. 309.

oder Sondergut erworbenen Verbindlichkeiten, sondern auch wegen ihrer sämtlichen vorehelichen Schulden und wegen ihrer Deliktsschulden und gesetzlichen Verpflichtungen weder die Errungenschaft noch der Mann persönlich angegriffen werden. Demgemäß ist hier auch der Kreis der nach innen als Gemeinschaftsschulden behandelten Verbindlichkeiten enger begrenzt; insbesondere werden von den Gesamtgutsverbindlichkeiten hier auch sämtliche voreheliche Schulden des Mannes im Verhältnis der Ehegatten zueinander dem Gesamtgut abgenommen. Bezüglich der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut, des Konkurses über das Vermögen eines Ehegatten, der gesetzlichen Unterhaltspflichten gegen die beiderseitigen Verwandten, der Anrechnung einer vom Manne gewährten Ausstattung und der Fälligkeit der gegenseitigen Ersatzansprüche verweist der Entwurf lediglich auf die „entsprechende Anwendung" der bei der allgemeinen Gütergemeinschaft gegebenen Vorschriften. Ebenso regelt er die Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft durch Verweisung auf die „entsprechende Anwendung" der bei der allgemeinen Gütergemeinschaft aufgestellten Sätze, fügt jedoch eine Reihe von „Abweichungen und näheren Bestimmungen" hinzu, die größtenteils aus Verweisungen auf die „entsprechende Anwendung" von einzelnen Regeln des gesetzlichen Güterstands und der Gütertrennung mit verschiedenen Maßgaben und Zusätzen bestehen und erst nach mühsamer Arbeit sich dem Verständnis erschließen (§§ 1429—1430) [1]. Vornehmlich werden die Auflösungsgründe vermehrt, indem die Errungenschaftsgemeinschaft auch durch Todeserklärung oder Konkurs des Mannes von Rechts wegen endigen soll und überdies der Frau in allen Fällen, in denen sie bei gesetzlichem Güterstande die Aufhebung der ehelichen Nutznießung und Verwaltung verlangen könnte, das Recht beigelegt wird, die Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft und Trennung der Güter zu verlangen. Dafür wird dann auch hier dem Manne unter gewissen Voraussetzungen ein Anspruch auf „Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft" gewährt und im Falle des Konkurses des Mannes ein gleicher Anspruch, der jedoch vor Beendigung des Konkurses rechtshängig gemacht werden muß, der Frau zugestanden [2]. Im übrigen ergiebt sich aus der analogen Anwendung des Rechtes der allgemeinen Gütergemeinschaft zunächst die ausschließliche Belastung des Mannes mit einer etwaigen Einbuße (Verrungenschaft); die Frau kann ihr Eingebrachtes nebst sonstigem Sondergut oder Vorbehaltsgut un-

[1]) Vgl. dagegen Bähr S. 255 § 46.

[2]) Über die Unerträglichkeit dieser Vorschriften für den Konkursfall vgl. Fischer S. 58—59.

verkürzt herausverlangen, ohne daß sie erst eine „weibliche Freiheit“ anzurufen oder durch eine Verzichtserklärung irgend ein Opfer zu bringen brauchte; und dies selbst dann, wenn sie selbst die Einbuße verschuldet oder durch ein von ihr betriebenes Erwerbsgeschäft verursacht hat (Motive S. 537—539). Ist dagegen eine Errungenschaft vorhanden, so wird sie nach Hälften geteilt[1]). Dieses System ist also dem Manne gegenüber ebenso unbillig, wie das System des gesetzlichen Güterstandes der Frau gegenüber unbillig ist! Im Falle der Auflösung der Ehe durch den Tod gilt auch hier die Hälfte der Errungenschaft als Nachlaß. Hier tritt aber keinerlei Modifikation der gewöhnlichen Erbfolge durch eine gütergemeinschaftliche Erbfolge ein, so daß schlechthin keine „Nachwirkungen der Errungenschaftsgemeinschaft zu Gunsten des überlebenden Ehegatten“ anerkannt werden (Motive S. 539—541). Weder bei beerbter noch bei unbeerbter Ehe empfängt daher der überlebende Ehegatte einen Beisitz, eine Leibzucht oder einen Nießbrauch am Ehevermögen oder am Gesamtgut oder irgend einen andersgearteten Vorzug vor den Erben des verstorbenen Ehegatten, und eine fortgesetzte Gütergemeinschaft oder irgend ein ähnliches Verhältnis fortdauernder Vermögenseinheit ist hier auch mit der Fortführung der Hausgemeinschaft zwischen dem überlebenden Elternteil und den Kindern niemals verknüpft[2]). Vielmehr zerfällt das gesamte Ehevermögen einschließlich der Errungenschaft sofort in zwei gesonderte Massen, in deren eine die reguläre Erbfolge eröffnet wird. Mit dem bisherigen Recht der meisten Gebiete der Errungenschaftsgemeinschaft steht eine derartige Ordnung nicht in Einklang. Die Errungenschaftsgemeinschaft des Entwurfes wird aber überhaupt dem in den geltenden Partikularrechten festgehaltenen Grundgedanken des deutschen ehelichen Güterrechts sowenig gerecht und trägt trotz ihres Gesamtguts soviel Elemente der Sonderung und des Zwiespalts in die Ehe hinein, daß ihre vertragsmäßige Begründung selbst dann einen geringwertigen Ersatz für das Zerstörte schaffen würde, wenn wirklich viele Ehepaare es wagen sollten, sich in dieses verwickelte und kaum mit Sicherheit in seinen Wirkungen zu übersehende System zusammengeborgter Rechtssätze zu stürzen.

Lediglich als eine Abart der allgemeinen Gütergemeinschaft behandelt der Entwurf den vierten von ihm geregelten vertragsmäßigen Güterstand, den er als „Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und

[1]) Bähr S. 257 § 50 will nicht nur dem Ehevertrage, sondern auch der Landesgesetzgebung die Festsetzung eines anderen Teilungsmaßstabes offenhalten.

[2]) Dagegen will Bähr S. 261 seine Sätze über fortgesetzte Gütergemeinschaft auch hier angewandt wissen.

der Errungenschaft" bezeichnet (V)[1]. Er verweist daher für den Fall, daß ein solcher Güterstand vereinbart ist, auf das Recht der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1431) und fügt nur hinzu, daß hier zum Sondergut eines Ehegatten auch dessen eingebrachtes oder während bestehender Gemeinschaft durch Erbgang oder Schenkung erworbenes „unbewegliches Vermögen" gehört (§ 1432 Abs. 1). Außerdem trifft er eine Bestimmung darüber, welche „Rechte" hierbei neben den Grundstücken und ihrem Zubehör als „unbewegliches Vermögen" gelten sollen (1432 Abs. 2), und ordnet die verhältnismäßige Teilung der mit dem gleichzeitigen Erwerbe von unbeweglichem und beweglichem Gut seitens eines Ehegatten überkommenen Schuldenlast zwischen dessen Sondergut und dem Gesamtgut an (§ 1433). Im allgemeinen steht das so hergestellte System dem System der französischen Mobiliargemeinschaft am nächsten. Doch wird durch die Gleichsetzung mit der allgemeinen Gütergemeinschaft des Entwurfes eine Fülle erheblicher Abweichungen begründet, die nicht durchweg Verbesserungen sind und von den Motiven zum Teil lediglich mit der Berufung auf die Konsequenzen des einmal gewählten Standpunktes gerechtfertigt werden (Motive S. 543—548). So wird auch hier die Vereinbarung der Gütergemeinschaft, sofern ein Ehegatte unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, an die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes gebunden; auch hier bleibt die Geschäftsfähigkeit der Frau unbeschränkt und jede personenrechtliche Gemeinschaft der Ehegatten ausgeschlossen; die Verwaltung des Vorbehaltsgutes, des Sondergutes und des Gesamtgutes erfolgt auch hier auf Grund künstlich verteilter eigner Rechte des einen oder anderen Ehegatten, wobei hinsichtlich des Sondergutes der Frau die Verweisung auf das Recht der allgemeinen Gütergemeinschaft zu einer weiteren Verweisung auf das Recht der Errungenschaftsgemeinschaft und diese wieder zu zahlreichen Verweisungen auf das Recht des gesetzlichen Güterstandes führt (!) und somit das ganze oben besprochene System des ehemännlichen Nießbrauchs seinen Einzug hält; auch hier gilt die verwickelte und vielfach unbillige, für das Recht der allgemeinen Gütergemeinschaft aufgestellte Ordnung der Schuldenhaftung und der inneren Schuldverhältnisse; und auch hier wird schließlich hinsichtlich der Auflösung der Gemeinschaft, die im Gegensatz zum französischen Recht durch den Konkurs des Mannes nicht bewirkt werden soll, das gleiche Schema für alle Fälle der Gütersonderung durchgeführt. Dagegen folgt der Entwurf gerade in demjenigen Punkte, in

[1] Einen überaus vereinfachten Gegenentwurf ohne jede ziffermäßige Verweisung bringt Bähr S. 260 §§ 58—60.

welchem die größte Schwäche des französischen Rechtes liegt, unbedingt dessen Vorbilde, indem er jede Nachwirkung der Ehe verwirft und deshalb auch die Anwendung der Vorschriften über die gütergemeinschaftliche Erbfolge hier ausschließt (§ 1434). Daran kann auch der Ehevertrag nichts ändern; doch kann ein Ehepaar, welches die Mobiliargemeinschaft mit fortgesetzter Gütergemeinschaft wünscht, dies auf einem Umwege erreichen, indem es allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart und das unbewegliche Vermögen insoweit, als dasselbe bei der Mobiliargemeinschaft Sondergut würde, für Sondergut erklärt (Motive S. 553). Warum läßt man denn nicht direkt die Vereinbarung des Eintrittes der gütergemeinschaftlichen Erbfolge bei der Fahrnisgemeinschaft zu? Dem wahren Grundgedanken des deutschen ehelichen Güterrechts würde man freilich auch hier in weit höherem Maße gerecht geworden sein, wenn man entweder das Konsolidationsprinzip durchgeführt oder doch mit dem Entwurfe des Gesetzes für den Bezirk von Ehrenbreitenstein bei beerbter Ehe die fortgesetzte Gütergemeinschaft und bei unbeerbter Ehe die lebenslängliche Nutzung des überlebenden Ehegatten am Ehevermögen zur gesetzlichen Regel erhoben und nur deren Ausschließung durch Ehevertrag vorbehalten hätte [1]). Allein dann hätten die Motive dem Entwurfe nicht nachrühmen können, daß er mit einziger Ausnahme des trotz aller Zurechtstutzung einen „immerhin singulären Charakter" tragenden Institutes der fortgesetzten allgemeinen Gütergemeinschaft jede vermögensrechtliche Nachwirkung des Ehebandes beseitigt und alle von diesem Gedanken beherrschten deutschrechtlichen Gebilde durch ein mit dem Pandektensystem besser verträgliches Quotenerbrecht unter Ehegatten ersetzt habe!

So ist dieses ganze eheliche Güterrecht, obwohl es aus deutschem Stoff gezimmert ist, von Anfang bis zu Ende in undeutschem Geiste aufgebaut. Der durch alle deutschrechtlichen Systeme sich hindurchziehende Gedanke, daß es sich bei den Rechtsverhältnissen am Ehevermögen um Ausflüsse des die Ehegatten zum Ehepaar verknüpfenden personenrechtlichen Bandes handelt, ist durchweg verloren gegangen. Dafür werden eigne und selbständige dingliche und obligationenrechtliche Rechte von rein individualistischer Grundlage eingeführt, die ihrem innersten Kern nach nicht anders beschaffen sind, als wenn sie beliebigen unverbundenen Personen zuständen.

In einem besonderen vierten Titel des Eherechts trifft der Entwurf formelle Bestimmungen über das „eherechtliche Register", in welches die Eintragung derjenigen Thatsachen des ehelichen Güterrechts

[1]) Bähr S. 261 läßt auch hier die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintreten.

erfolgen soll, die zur Wirksamkeit gegen Dritte einer Veröffentlichung bedürfen (§§ 1435–1439)[1]).

Schließlich handelt er im fünften Titel von der „Auflösung der Ehe" und zwar zunächst von der „Scheidung und Trennung von Tisch und Bett" (I).

Bei der Ehescheidung scheint der Entwurf durch eine außerordentliche Einschränkung der Scheidungsgründe ein Gegengewicht gegen die in ihm sonst vorwaltende Tendenz der Auflockerung des familienrechtlichen Bandes schaffen zu wollen[2]). Er läßt die Scheidung nur wegen eines schweren (d. h. dem Ehebruch und der böslichen Verlassung gleichstehenden) Verschuldens auf Antrag des anderen Teiles zu. Diese Strenge wird aber nicht, wie dies bisher in den meisten von dem gleichen Prinzip beherrschten Gebieten der Fall ist, durch ein landesherrliches Ehescheidungsrecht gemildert. Somit soll es schlechthin keine Möglichkeit geben, eine ohne Verschulden eines Ehegatten ihres sittlichen Gehaltes vollkommen entleerte und zur unerträglichen Fessel gewordene Ehe zu trennen. In Wahrheit aber darf doch die Ehescheidung nicht unter dem Gesichtspunkt einer Strafe für den schuldigen Gatten, sondern nur unter dem Gesichtspunkt der socialen Ethik normiert werden[3]). Dann aber bedarf es mindestens der Zulassung der Scheidung wegen unheilbarer Geisteskrankheit eines Ehegatten[4]). Ist die geistige Persönlichkeit vernichtet, so sinkt das eheliche Band zum Schattenbande herab und für den anderen Ehegatten

---

[1]) Gegenvorschläge bei Bähr S. 263–265 §§ 70–72.

[2]) Über das Ehescheidungsrecht des Entwurfes vgl. Bähr, Beurteilung S. 541–545; Hinschius S. 84–92; v. Scheurl S. 396–398; Klöppel a. a. O. Bd. 33 S. 83–93; Berolzheimer S. 310–314 u. 317; Menger S. 30 bis 31 (er billigt das Scheidungsrecht des Entwurfes vollständig); Gutachten für den 20. Juristentag von Otto Mayer Bd. 2 S. 92–109 und L. Jacobi ebenda S. 110–234.

[3]) Daß der Entwurf auch hier nur den subjektiven Standpunkt kennt, lediglich vom Individuum und nicht vom Staat ausgeht, hebt O. Mayer S. 108 treffend hervor. Auch L. Jacobi S. 220–221 wendet sich mit Recht gegen den Deliktsstandpunkt des Entwurfes, geht aber freilich selbst von einer nicht minder unhaltbaren Grundanschauung aus, indem er die Scheidungsgründe aus der rechtsgeschäftlichen Natur der Ehe ableitet und demgemäß als Rücktrittsgründe wegen Vereitelung des Ehezwecks auffaßt.

[4]) So auch Bähr S. 541, Hinschius S. 86 ff., Mendel a. a. O. S. 26–39, v. Scheurl S. 397, Berolzheimer S. 310, O. Mayer S. 107, L. Jacobi S. 207–211 (auch schon Entstehung S. 50). — A. M. Klöppel S. 90. — L. Jacobi S. 200–225 geht freilich viel zu weit, indem er außerdem sämtliche Ehescheidungsgründe des Preußischen Landrechts mit einzelnen Modifikationen aufnehmen will.

tritt thatsächlich der Zustand des ehelosen Lebens ein. Es beruht auf gröblicher Verkennung der Wirklichkeit und namentlich der in den ärmeren Bevölkerungsschichten vorwaltenden sittlichen und wirtschaftlichen Zustände, wenn man glaubt, durch den Zwang zu einem solchen Cölibat der Sittlichkeit und dem öffentlichen Wohl zu dienen! Darüber hinaus bleibt ernstlich zu erwähnen, ob nicht unter Umständen im Falle beiderseitigen Einverständnisses die Lösung einer unheilbar zerrütteten unglücklichen Ehe zugelassen werden muß[1]). Versperrt man jeden geraden Weg zu diesem Ziel, so befördert man nur allzuleicht künstliche Machinationen, durch welche die Ehegatten dennoch ihren Zweck erreichen, die öffentliche Moral aber weit schwerer geschädigt wird[2]). Es ist noch der günstigere Fall, wenn zu diesem Behufe ein Verschulden nur fingiert und nicht wirklich begangen wird! Unter den von ihm anerkannten Scheidungsgründen rüstet der Entwurf den Ehebruch nebst der Bigamie und widernatürlichen Unzucht (§ 1441), die Lebensnachstellungen (§ 1142) und die bösliche Verlassung (§ 1143) mit absoluter Kraft aus[3]). Daneben kennt er relative Scheidungsgründe, indem er die Ehescheidung wegen schwerer Verletzung der Gattenpflichten (insbesondere durch grobe Mißhandlung) und wegen eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens (insbesondere durch Begehung eines entehrenden Verbrechens oder Vergehens) dann zuläßt, wenn dadurch „eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet worden, daß dem anderen Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann" (§ 1444)[4]). Doch gewährt er

---

[1]) Bähr S. 541—542 wünscht Beibehaltung des landesherrlichen Scheidungsrechtes für solche Fälle. Klöppel S. 91—93 will die Scheidung auf Grund beiderseitiger Einwilligung zulassen, jedoch entweder sehr erschweren oder einem kraft obrigkeitlicher Gewalt verfahrenden besonderen Ehegericht (aus Richter, Seelsorger und Angehörigen gebildet) übertragen. — Unter allen Umständen verdient der Gedanke des Preußischen Landrechts, bei kinderlosen Ehen die Scheidung weniger zu erschweren, keineswegs die ihm widerfahrene gänzliche Nichtbeachtung. Vgl. Berolzheimer S. 311 u. 317, L. Jacobi S. 202. — A. M. v. Scheurl S. 396—397.

[2]) Vgl. auch Jacobi S. 213.

[3]) Die Regelung der Scheidung wegen böslicher Verlassung tadelt Klöppel S. 84—87 als gefährliche Erleichterung einseitiger Scheidungen.

[4]) Gegen die dehnbare Fassung des § 1444 wendet sich O. Mayer S. 94 bis 105; er fürchtet von der damit gesetzten Freiheit des richterlichen Ermessens die Ausbildung einer laxen Scheidungspraxis und will ganz bestimmte einzelne Scheidungsgründe (S. 105—107) an die Stelle setzen. — L. Jacobi S. 220 bis 221 findet § 1444 umgekehrt noch zu eng.

wegen eines relativen Scheidungsgrundes dem gekränkten Ehegatten regelmäßig bloß eine Klage auf Trennung von Tisch und Bett und nur beim Mangel jeder Versöhnungsaussicht eine Klage auf sofortige Scheidung. Diese „Trennung von Tisch und Bett", welche höchstens auf die Dauer von zwei Jahren ausgesprochen werden kann (§ 1444 Abs. 2) und bei dem Vorhandensein eines absoluten Scheidungsgrundes unzulässig ist (§ 1440 Abs. 3), wird als ein besonderes Rechtsinstitut ausgestaltet und von der richterlichen Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft durch einstweilige Verfügung bis zur Erledigung des Rechtsstreites (§ 1462) scharf unterschieden. Die Wirkungen stimmen freilich in beiden Fällen insoweit überein, als „die Verpflichtung beider Ehegatten zur häuslichen Gemeinschaft und zur Leistung der ehelichen Pflicht" für die Trennungszeit wegfällt, die gegenseitige Unterhaltungspflicht aber und die Pflicht der Fürsorge für die gemeinschaftlichen Kinder in veränderter Form und nach Maßgabe der in bestimmten Grenzen nach billigem Ermessen zu treffenden richterlichen Anordnung fortbesteht (§§ 1459—1462). Allein die Trennung von Tisch und Bett erfolgt durch ein rechtskräftig werdendes Urteil, welches den Scheidungsgrund und das zu Grunde liegende Verschulden eines oder beider Ehegatten bereits endgültig feststellt und dergestalt als bedingtes Scheidungsurteil wirkt, daß nach Ablauf der festgesetzten Trennungsfrist derjenige Ehegatte, welcher das Urteil erwirkt hat, auf Grund desselben ohne weiteres die Scheidung verlangen kann (§§ 1445 und 1449). Eine solche bedingte Scheidung widerspricht dem gesunden Gefühl. Sie ist sehr wenig geeignet, den mit ihr angestrebten materiellen Erfolg einer „Versöhnungsmaßregel" (Motive S. 579) zu erreichen. Das Ehescheidungsrecht verträgt in keiner Weise den juristisch-technischen Formalismus, der durch dieses neu erfundene verkünstelte Institut in dasselbe hineingetragen werden soll. Vielmehr muß im Ehescheidungsprozeß auch dann, wenn bereits eine Trennung von Tisch und Bett vorangegangen ist, nach freier Prüfung der nunmehrigen Sachlage festgestellt werden, ob die Ehe sich zur Zeit als so zerrüttet darstellt, daß ihre Lösung notwendig ist. Wird aber der Trennung von Tisch und Bett der Charakter einer vorläufigen Aufhebung der Lebensgemeinschaft für einen festen Zeitraum, innerhalb dessen noch eine Versöhnung erhofft wird, gewahrt, so werden die willkürlichen Unterscheidungen des Entwurfes hinfällig. Man kann dann in allen Fällen dem beleidigten Ehegatten das Recht der sofortigen Scheidungsklage gewähren, aber auch in allen Fällen den Richter ermächtigen, in Verbindung mit der Aussetzung des Verfahrens (C. Pr. O. § 580) für den gleichen Zeitraum die Trennung von Tisch und Bett

auszusprechen, falls er eine Aussöhnung für nicht unwahrscheinlich hält[1]). Hinsichtlich des Ausschlusses der Scheidungs- oder Trennungsklage durch Verzeihung folgt der Entwurf dem geltenden Recht (§ 1446). Für die Erhebung der Klage setzt er (vom Falle der böslichen Verlassung abgesehen) eine sechsmonatliche Frist seit Erlangung der Kenntnis von der den Scheidungsgrund bildenden Handlung und äußersten Falls eine dreißigjährige Frist seit Begehung dieser Handlung (§ 1447)[2]). Die Auflösung der Ehe soll mit der Rechtskraft des Scheidungsurteiles eintreten (§ 1452).

Unerträglich sind die Bestimmungen des Entwurfes über die Folgen der Ehescheidung. In vermögensrechtlicher Hinsicht soll der schuldige Teil dem unschuldigen Teil auf Verlangen die Bereicherung aus Braut- oder Ehegeschenken herausgeben (§ 1453) und demselben überdies, „wenn und solange dieser wegen Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit sich selbst zu unterhalten nicht im stande ist“, den Unterhalt gewähren (§ 1454). Darüber hinaus ist er zu nichts verpflichtet: von einer Ehescheidungsstrafe, einer Entschädigung oder einer Abfindung ist nicht die Rede. Stirbt der schuldige Gatte, so hat der unschuldige Teil, obwohl sein Erbrecht weggefallen ist, gegen die Erben desselben selbst im Falle der dringendsten Not keinen Anspruch auf Fortzahlung der zu seinem Unterhalt bestimmten Geldrente. Auch büßt er jeden Unterhaltsanspruch ein, wenn er eine neue Ehe schließt. Schreitet der schuldige Teil zu einer neuen Ehe, so steht, wie wir später aus § 1483 Abs. 3 erfahren, der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten dem des neuen Ehegatten und der minderjährigen unverheirateten Kinder aus der neuen Ehe nach[3]).

[1]) So mit Recht Hinschius S. 89—91. Gegen die Ordnung des Entwurfes vgl. auch Berolzheimer S. 311 ff., O. Mayer S. 100—101, L. Jacobi S. 221—222 u. 218. Ebenso wider die in den Scheidungsprozeß hineingetragenen formalistischen Grundsätze Bähr S. 543—544. — Für den Entwurf Klöppel S. 91.

[2]) Daß die sechsmonatliche Verjährung während thatsächlicher Trennung ruhen müßte, die dreißigjährige Frist aber zu lang ist, bemerkt mit Recht Bähr S. 544—545.

[3]) Im übrigen sollen hinsichtlich des Anspruchs des geschiedenen Ehegatten einer solchen neuen Ehe gegenüber je nach dem in ihr bestehenden Güterstande die §§ 1313 oder 1363 „entsprechende Anwendung“ finden (§ 1454 Abs. 2). Dies ergiebt für den Mann, der mit einer als schuldiger Teil geschiedenen Frau eine gütergemeinschaftliche Ehe schließt, ein überraschendes Resultat. Denn nach Analogie der Fiktion des § 1363 wird nun der erste Mann der geschiedenen Frau als ehemaliger Ehegatte ihres jetzigen Mannes fingiert! Welche Kunst der Rechtstechnik! Eine fingierte Ehe zwischen zwei Männern!

Man erwäge nun die Konsequenzen, welche sich aus dieser Ordnung in Verbindung mit dem schon oben besprochenen Grundsatz, daß die Vermögensauseinandersetzung im Falle der Ehescheidung schlechthin nach der gegenwärtigen Lage des ehelichen Güterrechts erfolgt, ergeben müssen. Eine gebildete Frau, die aber kein Vermögen in die Ehe eingebracht hat, wird von ihrem Manne, mit welchem sie im gesetzlichen Güterstande gelebt hat, wegen Untreue desselben geschieden; sie empfängt von dem bedeutenden Ehevermögen, dessen Wachstum ihrem Fleiße und ihrer Sparsamkeit wesentlich zu verdanken ist, keinen Pfennig; da sie sich auf Handarbeit versteht, ist sie nicht „erwerbsunfähig" und mag nun als Näherin sich einen kümmerlichen Erwerb suchen, den dann der Mann bis zu einem ausreichenden Einkommen zu ergänzen hat; stirbt der Mann, so fällt diese Ergänzung fort, und zuletzt muß die Frau, während die Erben ihres geschiedenen Mannes sich der gesammelten Reichtümer erfreuen, aus den Mitteln der öffentlichen Armenpflege unterhalten werden! Ist das Gerechtigkeit? Und mit welchen unzureichenden Gründen verteidigen die Motive ein solches mit dem bisherigen Recht der meisten deutschen Länder schroff brechendes System (S. 613—620)! Die Ehe dürfe nicht einem auf vermögensrechtliche Vorteile gerichteten Rechtsgeschäft gleichgestellt werden. Als wenn es sich hier um „Vorteile" und nicht vielmehr um Ersatzleistung für eine auch in die Vermögensinteressen tief eingreifende Schädigung handelte! Ein Ersatzanspruch sei aus „allgemeinen Grundsätzen" nicht herzuleiten. Es giebt aber keinen „allgemeineren" Grundsatz der Rechtsordnung als den der ausgleichenden Gerechtigkeit, welcher entschieden die Verurteilung des schuldigen Teiles zu einer umfassenden Entschädigung oder Abfindung verlangt! Der vom Entwurf gewährte subsidiäre Unterhaltsanspruch sei zwar ebensowenig aus „allgemeinen Grundsätzen" zu rechtfertigen, habe aber die Billigkeit für sich und diene dem öffentlichen Interesse, welches es erheische, „den Scheidungen thunlichst entgegenzutreten und im Falle der Scheidung eine Vermehrung der öffentlichen Armenlast thunlichst zu verhüten". Offenbar jedoch wird gerade diesen Gesichtspunkten ein umfassenderer Ersatzanspruch weit besser gerecht. Die Motive scheinen freilich auch darin einen Vorzug der vorgeschlagenen Bestimmungen zu erblicken, daß sie geeignet sind, einen mittellosen Ehegatten von der Anstellung der Scheidungsklage auch im Falle der schwersten Verschuldung des anderen Ehegatten abzuschrecken. Allein diese Auffassung bedarf wohl keiner Widerlegung [1]). Nicht zu billigen ist

[1]) Energisch tritt Hinschius S. 92—94 für die Beibehaltung eines umfassenderen Anspruchs des unschuldigen Teils ein. Dagegen erklärt sich Brie in

es ferner, wenn der Entwurf in Widerspruch mit dem jetzt im größten Teil Deutschlands geltenden Recht vorschreibt, daß die geschiedene Frau unter allen Umständen den Familiennamen des Mannes behält (§ 1455). Die unschuldige Frau müßte berechtigt sein, ihren ursprünglichen Namen wieder aufzunehmen; der schuldigen Frau müßte umgekehrt die Fortführung des Namens des Mannes nur im Falle einer besonderen Bewilligung des letzteren gestattet sein [1]). Gleiche Regeln müßten für den Stand gelten, den der Entwurf auch hier ganz übergeht. Im Verhältnis zu den gemeinschaftlichen Kindern will der Entwurf durch die Scheidung grundsätzlich eine Änderung der elterlichen Rechte und Pflichten nicht eintreten lassen. Doch überträgt er die Erziehungsgewalt („Sorge für die Person") vorbehaltlich abweichender Anordnungen des Vormundschaftsgerichtes im Falle einseitig verschuldeter Scheidung ausschließlich dem unschuldigen Teil, im Falle beiderseitigen Verschuldens hinsichtlich der Söhne vom zurückgelegten sechsten Lebensjahre an dem Vater, hinsichtlich der Töchter und der noch nicht sechs Jahre alten Söhne der Mutter (§ 1456). Dem von der Erziehungsgewalt ausgeschlossenen Elternteil wahrt er die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren; die näheren Anordnungen soll erforderlichen Falls auch hier das Vormundschaftsgericht treffen (§ 1457). Die Kosten des Unterhaltes der gemeinschaftlichen Kinder legt der Entwurf nach der Scheidung wie während der Ehe nicht beiden Eltern gemeinschaftlich, sondern zunächst dem Vater und erst subsidiär der Mutter auf; er verpflichtet jedoch die geschiedene Mutter zu einem angemessenen Beitrage aus den Einkünften ihres Vermögens und dem Ertrage eines von ihr betriebenen Erwerbsgeschäftes (§ 1458). Daß er diesen Anspruch für unübertragbar erklärt und eine Aufrechnung gegen ihn ausschließt, entspricht der Natur des Verhältnisses. Unbillig aber ist die Bestimmung, daß die Mutter nur dann zu einem Beitrage verpflichtet ist, wenn dem Vater „die elterliche Nutznießung an dem Vermögen des Kindes nicht zusteht". Denn wenn die Motive den Mangel jeder Rücksichtnahme auf die Größe des Kindesvermögens damit entschuldigen, daß der Vater ja stets auf seinen Nießbrauch verzichten

---

seinem Gutachten für den 20. Juristentag Bd. 2 S. 235—262 gegen jede Ehescheidungsstrafe oder Abfindung; er will jedoch bei gütergemeinschaftlichen Ehen die Bereicherung des schuldigen Gatten auf Kosten des unschuldigen verhüten (oben S. 429) und außerdem dem unschuldigen Ehegatten (insbesondere der unschuldigen Frau) einen wesentlich gleichen Unterhaltsanspruch gewähren, wie er demselben während der Ehe zukam.

[1]) Hinschius S. 94—96, der die Motive zu § 1455 eingehend widerlegt, will der schuldigen Frau unbedingt die Rückkehr zum früheren Namen und Stand auferlegen.

könne, um sich den Beitrag der Mutter im Falle der Unzulänglichkeit des Kindesvermögens zu verschaffen (S. 630), so liegt hierbei die schiefe Auffassung der elterlichen Nutznießung als eines in eignem Interesse begründeten selbständigen Rechtes zu Grunde, dessen Preisgabe trotz der damit verbundenen Auseinanderreißung von Verwaltung und Nutznießung und der hierin enthaltenen Schwächung der väterlichen Stellung ohne Nachteil für die Beteiligten um eines anderweiten größeren Vorteils willen erfolgen könne. Der Entwurf hat auch hier einer künstlichen Technik zuliebe die einfache Regelung des Verhältnisses aus dem natürlichen Gesichtspunkt der beiderseitigen Elternpflicht verschmäht.

Schließlich bestimmt der Entwurf, daß die „Auflösung der Ehe infolge Todeserklärung" (II) durch die Schließung einer neuen Ehe seitens des zurückgebliebenen Ehegatten erfolgt, sofern nicht der letztere bei der Eheschließung weiß, daß der für tot erklärte Ehegatte noch lebt oder die neue Ehe aus einem anderen Grunde nichtig ist (§ 1464)[1]. Hinsichtlich der gemeinschaftlichen Kinder aus der aufgelösten Ehe sollen die Vorschriften, welche für den Fall der Scheidung einer Ehe durch ein „beide Ehegatten für den schuldigen Teil" erklärendes Urteil gelten (!), „entsprechende Anwendung" finden (§ 1465).

In einem zweiten Abschnitt des Familienrechts faßt der Entwurf unter der Überschrift „Verwandtschaft" eine Reihe verschiedenartiger Materien zusammen, deren Mittelpunkt jedoch das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern bildet.

Zuvörderst trifft er Bestimmungen über „eheliche Abstammung" (Tit. 1)[2]. Er erklärt nicht bloß die während der Ehe empfangenen, sondern auch die vor der Ehe empfangenen und nach deren Abschluß geborenen Kinder für „ehelich" (§ 1466) und legt der vom 181. bis zum 300. Tage vor der Geburt reichenden gesetzlichen „Empfängniszeit" eine absolute (also auch für die lebensunfähige Frühgeburt geltende) Bedeutung bei (§ 1467; über Abs. 2 vgl. oben S. 59—60). Fällt die Em-

[1]) Bedenken gegen § 1464 bei Zródłowski S. 47 u. bes. bei v. Scheurl S. 392—393; der letztere will die alte Ehe mindestens dann aufrecht erhalten, wenn beide Ehegatten es wollen; in Fällen der Kriegs- oder Seeverschollenheit soll der zurückgebliebene Ehegatte vor Ablauf von 5 Jahren überhaupt keine neue Ehe eingehen dürfen.

[2]) Vgl. hierzu Weichsel, Magazin für deut. R. Bd. 8 S. 326—335; Olshausen, Centralblatt f. Gynäkologie, herausg. v. Fritsch, Leipzig 1889 Nr. 1; Zródłowski S. 38; Klöppel S. 348—349; Westrum, Gutachten S. 969—974. Sie alle mißbilligen die schroffen Präsumtionen oder vielmehr Fiktionen des Entwurfs; Westrum wünscht, daß bei nachgewiesenem Ehebruch die Vermutung ganz wegfalle.

pfängniszeit ganz oder teilweise in die Ehe, so gilt eine Vermutung für die Vaterschaft, die auch dann Platz greift, wenn während der ganzen Empfängniszeit die Ehe gerichtlich von Tisch und Bett getrennt war (§ 1468). Diese Vermutung kann nur durch den Beweis der Nichtvollziehung des Beischlafes in der Empfängniszeit widerlegt werden; in Ermangelung eines solchen Beweises wirkt sie wie eine Fiktion und ist auch im Falle des Ehebruches der Frau, der früheren Schwangerschaft derselben, des mit der Vaterschaft unvereinbaren Reifegrades des Kindes und der Zeugungsunfähigkeit des Mannes schlechthin unumstößlich (§ 1469). Fällt die Empfängniszeit ganz vor die Ehe, so tritt die gleiche Vermutung nur dann ein, wenn der Ehemann in der Empfängniszeit den Beischlaf vollzogen hat; wenn jedoch der Ehemann stirbt, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben, so wird auch hier für Beischlafsvollziehung vermutet (§ 1470). Es gilt also nicht bloß stets, wie die Motive sagen, der „mögliche", sondern unter Umständen auch der „unmögliche" Vater als „wirklicher Vater". Die Unehelichkeit eines während der Ehe oder innerhalb 300 Tagen nach Auflösung der Ehe gebornen Kindes kann, solange der Ehemann lebt, nur vom Ehemann selbst durch einen höchst persönlichen formellen Anfechtungsakt, der „sich als einseitiges Rechtsgeschäft darstellt", geltend gemacht werden; dieses Anfechtungsrecht erlischt durch eine ausdrückliche Anerkennung des Kindes, die ebenfalls als ein höchst persönliches formelles „einseitiges Rechtsgeschäft" behandelt wird, und durch Ablauf eines Jahres nach erlangter Kenntnis von der Geburt (§§ 1471—1474). Der Ehemann kann, solange das Kind am Leben ist, die Anfechtung nur durch Erhebung der Anfechtungsklage gegen das Kind, nach dem Tode des Kindes durch eine gegenüber dem Nachlaßgericht abzugebende Willenserklärung wirksam vornehmen (§ 1475). In dem Anfechtungsprozeß, welcher durch Zusatzbestimmungen zur Civilprozeßordnung im Sinne des Offizialprinzips ausgestaltet werden soll, ist der beschränkt geschäftsfähige Ehemann prozeßfähig, jede Vertretung desselben aber ausgeschlossen (§ 1476). Das in einem solchen Prozeß erlassene und während der Lebenszeit des Ehemannes rechtskräftig gewordene Urteil wirkt für und gegen alle (§ 1477). Analoge Regeln gelten hinsichtlich der Anfechtung der erfolgten Anerkennung des Kindes (§ 1478). Alle anderen beteiligten Personen, die Mutter, das Kind selbst und Dritte (einschließlich der Lehns- und Fideikommißanwärter, Motive S. 660), können die Unehelichkeit des Kindes nur dann geltend machen, wenn der Ehemann entweder die Ehelichkeit angefochten hat oder gestorben ist, ohne durch Anerkennung oder Zeitablauf das Anfechtungsrecht verloren zu haben (§ 1471). Diese Geltendmachung erfolgt, solange nicht

etwa ein vom Ehemann angestrengter Anfechtungsprozeß noch unerledigt ist, nach den gewöhnlichen Grundsätzen über Rechtsverfolgung. Durch eine positive Bestimmung wird endlich für den Fall, daß infolge einer zu frühzeitigen Wiederverheiratung der Frau ein Kind nach dem gesetzlichen Vermutungssystem zwei eheliche Väter haben würde, die Vaterschaft je nach der Geburt des Kindes vor oder nach Ablauf von 270 Tagen seit Auflösung der ersten Ehe dem ersten oder zweiten Ehemann zugeteilt (§ 1479). Allen diesen Vorschriften liegt das Bestreben zu Grunde, nicht nur die Aufdeckung der Unehelichkeit eines Kindes thunlichst zu verhüten, sondern auch eine möglichst baldige unanfechtbare Feststellung der Personenstandsverhältnisse zu erzielen. Geht nicht aber auch hier der Entwurf in der Durchführung eines mechanisch wirkenden Rechtsformalismus auf Kosten des materiellen Rechtes zu weit? Es bleibt doch immer ein sonderbares Stück Rechtsordnung, daß der nach zehnmonatlicher Abwesenheit zurückkehrende Ehemann ein gleichzeitig eintreffendes völlig unreifes Kind, der weiße Vater trotz nachgewiesenen Ehebruchs der Frau mit einem Neger einen kleinen Mulatten unweigerlich als seinen Sprößling hinnehmen muß. Andrerseits wird durch die dem Ehemann eingeräumte unbedingte Dispositionsbefugnis über den Personenstand eines noch so zweifellos nicht von ihm herrührenden Kindes die Möglichkeit schroffer Verletzungen des sittlichen Gefühls und wohlberechtigter Familieninteressen geschaffen.

Einen wichtigen Gegenstand betreffen die Vorschriften über „Unterhaltspflicht" (Tit. 2), die der Entwurf mit Recht in das Familienrecht stellt, indem er die Unterhaltspflicht als eine aus dem familienrechtlichen Bande der Verwandtschaft (oder der Ehe) entspringende sittliche Verpflichtung betrachtet (Motive S. 676 ff.). In Übereinstimmung mit der Mehrzahl der geltenden Rechte legt er nicht nur allen Verwandten in gerader Linie, sondern auch den Geschwistern eine gegenseitige Unterhaltspflicht auf (§ 1480)[1]. Dagegen beseitigt er ohne Grund die im Preußischen Landrecht anerkannte unvollkommene Verbindlichkeit der sonstigen erbberechtigten Verwandten, bei Vermeidung des Verlustes ihres Erbrechts den geforderten Unterhalt zu gewähren. Auch kennt er keinerlei Unterhaltspflicht zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern oder zwischen Stiefeltern und Stiefkindern und nimmt auch bei der Bemessung der Unterhaltsansprüche eines Verwandten auf das Bedürfnis eines Ehegatten

[1]) Klöppel S. 344—345 billigt diese Bestimmungen, tadelt aber die Zerstörung des Zusammenhanges mit dem Erbrecht; er will daher allen Voreltern und (wennschon wegen ihrer abgeschwächten Unterhaltspflicht in geringerem Maße) auch den Geschwistern einen Pflichtteilsanspruch gewähren.

desselben keine Rücksicht (Motive S. 679—680 u. 698). Als weitere Voraussetzungen der Begründung einer Unterhaltspflicht, deren Vorhandensein somit derjenige beweisen muß, welcher einen Unterhaltsanspruch erhebt, behandelt der Entwurf die Bedürftigkeit auf der einen Seite (§ 1481) und die Leistungsfähigkeit auf der andern Seite (§ 1482). Unter mehreren Unterhaltsberechtigten gewährt er dem näher zum Erbe Berufenen einen Vorrang, durchbricht jedoch diese Regel durch unbedingte Zurücksetzung der Geschwister hinter die Verwandten gerader Linie und durch eine besondere Ordnung des Verhältnisses zwischen den Ansprüchen des Ehegatten und der Kinder (§ 1483). Von mehreren Unterhaltsverpflichteten soll der Ehegatte vor den Verwandten haften (§ 1484), während unter den Verwandten die Reihenfolge des gesetzlichen Erbrechts entscheiden und nur der Vater vor der Mutter und die Verwandten gerader Linie vor den Geschwistern haften sollen (§ 1485). Mehreren gleichzeitig Unterhaltsverpflichteten wird keine solidarische, sondern nur eine anteilige Haftung nach Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbanteile auferlegt (§ 1486). Leistungsunfähige Verwandte werden in Ansehung der Unterhaltspflicht der übrigen Verwandten, unterhaltspflichtige Verwandte, gegen welche die Rechtsverfolgung im Inlande ausgeschlossen oder erheblich erschwert ist, zu Gunsten des Bedürftigen „als nicht vorhanden angesehen" (§ 1487). Der Unterhaltsanspruch umfaßt den standesmäßigen Unterhalt einschließlich der Kosten der Erziehung, der Taufe und der Vorbildung zu einem besonderen Lebensberuf und in Ermangelung einer Verpflichtung des Erben auch die Beerdigungskosten (§ 1488). Doch haben die Geschwister nur Anspruch auf notdürftigen Unterhalt (§ 1489). Auch kann nur notdürftiger Unterhalt verlangt werden, wenn der Berechtigte seine Bedürftigkeit selbst verschuldet oder sich gegen den Verpflichteten dergestalt betragen hat, daß ein Grund zur Entziehung des Pflichtteils vorläge (§ 1490). Die Gewährung des Unterhaltes soll regelmäßig in einer Geldrente und nur unter besonderen Umständen auf Antrag des Berechtigten kraft gerichtlicher Gestattung in anderer Art erfolgen (§ 1491). Eine Nachforderung für die Vergangenheit findet nur vom Verzuge des Verpflichteten oder von der Rechtshängigkeit des Anspruches an statt (§ 1492). Der Unterhaltsanspruch für die Zukunft kann im Konkurse des Verpflichteten nicht geltend gemacht werden (§ 1494); er ist unverzichtbar und wird durch Vorausleistung nur insoweit aufgehoben, als dieselbe kraft gesetzlicher Verpflichtung oder für eine angemessene Frist erfolgte (§ 1495); durch Tod des Berechtigten oder Verpflichteten wird er, von den schon fälligen im voraus zu bewirkenden Leistungen abgesehen, stets beendigt (§ 1496). — Alle diese Bestimmungen sind mit einzelnen Vorbehalten insoweit für angemessen

zu erachten, als es sich um die gegenseitige Unterhaltspflicht zwischen getrennt lebenden Verwandten handelt. Es ist aber ein starker Mißgriff des Entwurfes, daß er in das vorbezeichnete Schema auch die Verhältnisse zwischen Angehörigen derselben Hausgemeinschaft hineinzwängt! Vor allem widerspricht es jedem gesunden Gefühl, wenn er seiner individualistischen und mechanischen Schablone zuliebe die Verpflichtung der Eltern zur Ernährung und Erziehung der Kinder nach ihrer pekuniären Seite hin als eine besondere und selbständige Unterhaltspflicht aus Verwandtschaft konstruiert, sie von der elterlichen Gewalt und von der elterlichen Nutznießung an etwaigem Kindesvermögen völlig losreißt und mit der Verpflichtung zur Alimentation verarmter Angehöriger auf die gleiche Stufe stellt! Offenbar paßt der ganze Zuschnitt dieses nach dem eignen Geständnis der Motive zugleich mit dem System der öffentlichen Armenpflege eng zusammenhängenden Titels schlechthin nicht für das einfachste und natürlichste Verpflichtungsverhältnis der Welt, welches die Eltern mit der Sorge für ihre Kinder bis zu deren Selbständigkeit belastet. Der Entwurf sieht sich denn auch genötigt, eine Reihe von Ausnahmebestimmungen zu treffen, um seine Regeln über Unterhaltspflicht diesem Falle einigermaßen anzupassen. Das „minderjährige unverheiratete Kind" gilt seinen Eltern gegenüber auch dann als „wegen Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit" bedürftig, wenn zu seinem Unterhalt der Stamm seines eigenen Vermögens angegriffen werden müßte (§ 1481 Abs. 3). Vater und Mutter gelten einem solchen Kinde gegenüber auch dann, wenn dessen Unterhalt ihren eignen Unterhalt beeinträchtigt (!), insofern als leistungsfähig, als sie den Unterhalt des Kindes „bei Berücksichtigung ihrer anderweiten Verpflichtungen für sich und das Kind zusammen zu bestreiten im stande sind"; doch trifft sie diese gesteigerte Unterhaltspflicht nicht, soweit der Stamm des Kindesvermögens ausreicht oder ein anderer zur Gewährung des Unterhaltes an das Kind verpflichteter Verwandter vorhanden ist (§ 1482 Abs. 2). Der Unterhaltsanspruch des minderjährigen unverheirateten Kindes wird dem Unterhaltsanspruch des Ehegatten gleichgestellt und dem des geschiedenen Ehegatten vorgezogen, während der Unterhaltsanspruch jedes anderen Kindes gleich dem eines sonstigen Verwandten hinter dem des jetzigen wie des geschiedenen Ehegatten zurückstehen soll (§ 1483 Abs. 2—3). Statt einer gemeinschaftlichen Elternpflicht werden gesonderte Unterhaltspflichten des Vaters und der Mutter angenommen, von denen die des Vaters zunächst eintritt, die der Mutter aber dann voransteht, wenn derselben die elterliche Nutznießung zusteht (§ 1486); hierbei wird wieder die Mutter, falls sie durch die gesetzliche Regel unbillig belastet wird, zum Verzicht auf die Nutznießung angewiesen

(Motive S. 691). Die in ihrer Allgemeinheit übrigens bedenkliche und für kleinbürgerliche und bäuerliche Verhältnisse durchaus unpassende Regel der Gewährung des Unterhaltes in Form einer Geldrente wird zu Gunsten desjenigen Unterhaltspflichtigen, „welchem das Erziehungsrecht gegen den Berechtigten zusteht", dahin abgeändert, daß derselbe die Art der Gewährung des Unterhalts und die Frist, für welche die Vorausleistung erfolgen soll, selbst zu bestimmen hat; Eltern haben das gleiche Recht auch gegenüber den nicht unter Erziehungsgewalt stehenden Kindern, jedoch mit Vorbehalt einer die Bestimmung der Eltern wegen besonderer Umstände abändernden richterlichen Entscheidung (§ 1491 Abs. 3—4). Wir erhalten also die tröstliche Gewißheit, daß kraft dieser Ausnahme von der Regel Eltern auch künftig die veraltete Form des Unterhalts durch Naturalverpflegung im Hause ihren unerwachsenen Kindern gegenüber an Stelle des im Sinne der modernen Geldwirtschaft normalen Unterhalts durch vierteljährliche Entrichtung einer Geldrente wählen können! Auch kann der Vater noch fernerhin, falls das Gericht es nicht anders bestimmt, dem erwachsenen Sohne auf der Universität seinen Wechsel monatlich statt vierteljährlich schicken! Ist es nicht aber schon an sich vollkommen unerträglich, daß alle diese Sätze, die sich auf das ursprünglichste und normalste Verhältnis beziehen, in der Gestalt angehängter Ausnahmebestimmungen von gesetzlichen Regeln auftreten? Und wie wenig wird schließlich trotzdem diese verschrobene Ordnung dem Wesen des deutschen Hauses gerecht[1])! Sie hängt freilich mit der juristischen Zersetzung der Hausgemeinschaft in allen Teilen des Entwurfes innig zusammen. Insbesondere stimmt die Einschränkung der ein engeres Band voraussetzenden Modifikationen der Unterhaltspflicht auf „minderjährige" Kinder und die hierdurch bedingte völlige Mißachtung der natürlichen Stellung der im Elternhause verbleibenden großjährigen Kinder mit den durchgängig verwirklichten „Grundsätzen" des Entwurfes überein. Allein dadurch wird die Sache um nichts besser. Daß auch die Behandlung der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Ehegatten nach der Schablone der subsidiären Alimentationsansprüche aus Verwandtschaft eine Ungehörigkeit ist, brauchen wir nicht näher auszuführen; wer die §§ 1280—1281 mit

[1]) Vgl. auch Menger S. 34—39, der an das „Witzblatt, welches täglich mit Ausnahme der Wochentage erscheint" erinnert. Menger findet überdies in § 1491 eine Verewigung des Ammenwesens und fordert die gesetzliche Feststellung einer persönlichen Mutterpflicht, zu säugen (vgl. Pr. A. L. R. II 2 §§ 67 u. 68), sowie die Einschränkung des Vertretungsrechtes auf Mütter, deren eignes Kind gestorben ist oder denen doch Ärzte und Vormundschaftsgericht den Ammendienst gestatten. Ob das viel helfen würde?

ihren Verweisungen auf die §§ 1481 Abs. 2, 1488 Abs. 4 und 1492—1496 und die hier nachgeholten Bestimmungen über die Gattenpflichten in den §§ 1483—1484 zergliedert, wird sich des Eindrucks nicht erwehren, daß der Entwurf hier die eheliche Gemeinschaft sogut wie die Hausgemeinschaft in unziemlicher Weise mißhandelt.

Im dritten Titel, der das „Rechtsverhältnis zwischen Eltern und ehelichen Kindern" ordnet, tritt die trotz aller Anlehnung an deutschrechtliche Institute vollzogene Auflösung der deutschen Hausgemeinschaft klar zu Tage.

Nur die vorangeschickten „allgemeinen Vorschriften" (I) enthalten einige Zugeständnisse an die Einheit des Hauses. Denn hiernach soll jedes dem elterlichen Hausstande angehörige Kind, solange es entweder unter der Erziehungsgewalt seiner Eltern steht oder von denselben unterhalten wird, den Eltern „kindlichen Gehorsam" schulden (§ 1498)[1]) und „in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in deren Hauswesen und Gewerbe unentgeltlich Dienste zu leisten" verpflichtet sein (§ 1499). Da nach den „allgemeinen Grundsätzen" des Entwurfes die Gehorsams- und Dienstpflicht des großjährigen Kindes höchstens dann eintreten würde, wenn das Kind von den Eltern in Erfüllung ihrer „gesetzlichen Unterhaltspflicht" im Hause verpflegt wird (Motive S. 713 und 715), so liegt in diesen Bestimmungen eine gewisse Rücksichtnahme auf den häuslichen Verband. Doch hat der Entwurf sich auch hier nicht entschlossen, gleich dem sächsischen Gesetzbuch (§§ 805—806) schon der häuslichen Gemeinschaft als solcher eine derartige Wirkung beizulegen. Vielmehr schuldet das großjährige Kind, welches im Elternhause aus eignen Mitteln lebt, den Eltern weder Gehorsam noch häusliche Dienste; es setzt sich nur, falls es sich der Hausordnung nicht fügt, der Gefahr aus, „daß die Eltern ihm die häusliche Gemeinschaft kündigen" (Motive S. 713). Im übrigen werden diese „allgemeinen Vorschriften" mit einer Bestimmung eröffnet, welche dem ehelichen Kinde den Familiennamen des Vaters beilegt, dagegen über das Recht zur Erteilung des Vornamens und über den Eintritt in den Stand des Vaters schweigt (§ 1497, vgl. oben S. 85), und mit Vorschriften über die Zusicherung oder Gewährung einer Ausstattung seitens des Vaters oder der Mutter beschlossen (§ 1500). In letzterer Hinsicht erkennt der Entwurf in Widerspruch mit dem bisher im größten Teile Deutschlands geltenden Recht eine Rechtspflicht zur Ausstattung oder Ausrichtung

[1]) Sehr mit Unrecht tadelt L. Goldschmidt S. 114 die Aufnahme derartiger Bestimmungen.

weder Töchtern noch Söhnen gegenüber an. Gleichwohl statuiert er, obschon er den Begriff einer unvollkommenen oder natürlichen Verbindlichkeit grundsätzlich verwirft, eine Art von unvollkommener Ausstattungspflicht. Denn die einem Kinde „wegen dessen Verheiratung oder Errichtung eines eignen Hausstandes" von Vater oder Mutter versprochene oder gewährte „Ausstattung" soll „nicht als Schenkung" gelten; nur die Gewährleistungspflicht des Ausstattenden soll nach Analogie der Schenkung beurteilt werden. Auch soll das Ausstattungsversprechen an eine Form nicht gebunden sein. Und wegen des Geleisteten soll keine condictio indebiti stattfinden. Doch gelten diese Regeln nur insoweit, als nicht die Ausstattung das gehörige Maß überschreitet. Hat das Kind eignes Vermögen, welches der ausstattende Elternteil als gesetzlicher Vertreter verwaltet, so wird vermutet, daß die Ausstattung aus diesem Vermögen gewährt sei.

Mit den nachfolgenden Bestimmungen über „elterliche Gewalt" (II)[1]) verläßt der Entwurf völlig den Boden des gemeinschaftlichen Elternrechts und der Hausgemeinschaft. Denn die elterliche Gewalt ist, wie sogleich die „allgemeinen Vorschriften" (I) ergeben, ihrem Namen zum Trotz nicht etwa ein gemeinschaftliches Elternrecht, das überwiegend vom Vater ausgeübt würde, sondern ein besonderes Recht des einen oder anderen Elternteils, welches zunächst dem Vater und nach dessen Tode der Mutter zusteht und je nachdem den Vater oder die Mutter in einen „Inhaber der elterlichen Gewalt" verwandelt (vgl. oben S. 34 ff.). Sie entbehrt ferner jedes rechtlichen Zusammenhanges mit der Hausgemeinschaft, da der Grund und die Grenze ihres Bestandes ausschließlich in die Minderjährigkeit des Kindes verlegt wird (§ 1501). Inhaltlich hat sie eine doppelte Bedeutung, indem sie erstens Pflicht und Recht der vormundschaftlichen Fürsorge für die Person und das Vermögen des Kindes begründet, zweitens ihrem Inhaber „das Recht der Nutznießung an dem Vermögen des Kindes" gewährt (§ 1502). Dagegen hat sie mit den sonstigen Ausflüssen des Elternverhältnisses (Heiratskonsens, Unterhaltspflicht, Anspruch auf Gehorsam und häusliche Dienste, Ausstattung u. s. w.) nichts zu thun.

Entschiedener als auf irgend einem anderen Gebiete hat der Entwurf hier mit dem römischen Recht gebrochen. Alle noch fortvegetierenden Reste des Systems der patria potestas, der Vermögensunfähigkeit des Hauskindes, der Personeneinheit, des Pekulienrechts, der adjektizischen Klagen, der Emancipation u. s. w. sind verschwunden. Man wird ihnen keine

[1]) Vgl. Fuld, Gutachten S. 419—445; Klöppel a. a. O. Bd. 33 S. 350 ff.

Thräne nachweinen. Leider nur ist mit dem bei uns niemals recht heimisch gewordenen fremden Stoff nicht zugleich der Geist der romanistischen Jurisprudenz gewichen. Denn obwohl der Entwurf hier nur mit deutschem Stoff arbeitet, preßt er denselben in die mechanisch-individualistische Gedankenschablone, die nun einmal das unentrinnbare Verhängnis alles echten Privatrechtes bilden soll, die aber den echten Geist des deutschen Familienrechts unbarmherzig ertötet. Die ganze Grundanlage dieser elterlichen Gewalt im Sinne eines von der natürlichen Organisation des häuslichen Verbandes losgerissenen besonderen Rechtsverhältnisses widerspricht dem Wesen des deutschen Elternrechts. Demgemäß aber ist auch im einzelnen die vorgeschlagene Rechtsordnung undeutsch ausgefallen.

Der Entwurf faßt zunächst die dem „Inhaber der elterlichen Gewalt“ als Pflicht und Recht zugewiesene „Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes“ (2) als eine freier gestaltete Vormundschaft auf. Gewiß wäre ihm hierin beizutreten, wenn er unter „Vormundschaft“ das deutschrechtliche Mundium verstände und im väterlichen Mundium den ursprünglichsten und kräftigsten Typus dieser zugleich Herrschaftsrechte und Herrschaftspflichten in sich schließenden Schutzgewalt erblickte. Allein dies ist nicht seine Meinung! Er versteht vielmehr unter „Vormundschaft“ die Altersvormundschaft über die Waise und behandelt nun die elterliche Gewalt als eine Modifikation dieses normalen Typus der Vormundschaft. Wenn eine solche begriffliche Umkehrung der natürlichen und sittlichen Welt nur von den Motiven gepredigt würde, könnte man vielleicht an einen doktrinären Scherz glauben. Der Text selbst aber belehrt uns über den bitteren Ernst der Sache. Denn gleich der erste Paragraph, der von dem Inhalt der elterlichen Gewalt spricht, besteht lediglich aus Verweisungen auf fünfzehn entsprechend anzuwendende (zum Teil wieder weitere Verweisungen bringende) Paragraphen des späteren Titels über die Altersvormundschaft. Wenn ein Vater oder eine Mutter, die über ihre Rechtsstellung zu ihren Kindern Belehrung im Gesetzbuch suchen, von vornherein auf diesen § 1503 stoßen, — muß ihnen nicht, falls ihnen nicht beim Anblick des unverständlichen Konglomerats von Worten und Ziffern die Gedanken überhaupt vergehen, der Gedanke kommen, daß doch Mephistopheles dem Schüler das Wesen des Rechtes trefflich geschildert habe? Eine solche Technik ist unerlaubt, — sie ist mehr als das, sie ist widersinnig! Das uralte, heilige Rechtsverhältnis, das aller Rechtsgesittung geheimnisvollen Keim barg, darf auch der moderne Gesetzgeber nicht durch Verweisungen regeln; mag er seine Aufgabe noch so nüchtern und kühl erfassen, das naturgegebene Band

darf er nicht nach dem Muster eines zum Ersatz desselben bestimmten Verhältnisses formen! Und nun frage man sich, nachdem man in mühevoller Arbeit mit Hülfe der Motive alle diese fremdartigen Sätze, in denen gelegentlich von einer Mehrheit von Vormündern (§ 1653), ihrem Gesamtschuldverhältnis (§ 1696) und dem „Amte" des Vormundes (§ 1700 Abs. 1) die Rede ist, in die Sprache des Elternrechts übersetzt hat, ob das sachliche Ergebnis mit unserer deutschen Auffassung von der Stellung des Vaters und mit der sittlichen Forderung einer starken väterlichen Autorität über das Hauskind übereinstimmt? Schwerlich wird man diese Frage bejahen können. Diese analog anzuwendenden Vorschriften über die gesetzliche Vertretung des Mündels durch den Vormund (§§ 1649—1651), über die Verwaltung der Mündelangelegenheiten (§§ 1660—1662, 1664, 1665 und 1667), über die gegenseitigen Ansprüche aus der Vormundschaftsführung (§§ 1696—1698), über die Rechnungslage (§ 1700 Abs. 1) und über die Haftung des Vormundschaftsgerichtes (§ 1702) sind eben auf ein völlig andersgeartetes Verhältnis berechnet[1]).

Als Ausfluß der vormundschaftlichen Sorge des „Inhabers der

[1]) Wir greifen nur einige Punkte heraus. Nach § 1651 Z. 1 kann der Vater nicht bloß seine Kinder nicht gegeneinander, sondern auch sein Kind nicht gegenüber seinem Vater oder Großvater oder seiner Mutter oder Großmutter vertreten. Nach § 1651 Z. 4 soll ihm das Vormundschaftsgericht die Vertretung entziehen, wenn das Interesse des Kindes zu seinem eigenen Interesse oder zu dem einer andern von ihm vertretenen Person oder einer mit ihm in gerader Linie verwandten Person oder seines Ehegatten in „erheblichem Gegensatz" steht. Die elterliche Verwaltung am Kindesvermögen kann nicht nur dem bestehenden Rechte gemäß nach § 1510 durch die Bestimmung eines Erblassers oder Schenkers ausgeschlossen, sondern auch nach § 1660 durch den Zuwendenden an beliebige „Anordnungen" gebunden werden, obwohl eine so gebundene Verwaltung einem Vater nicht aufgedrungen werden kann, ohne ihn in eine schiefe Lage zu bringen. Der Vater braucht kein Verzeichnis anzufertigen und keine Sicherheit zu bestellen, die Verwaltung aber wird nicht in sein Vertrauen gestellt, sondern durch das Verbot der Verwendung von Vermögensgegenständen in eignen Nutzen (§ 1662) und durch die Übertragung aller Vorschriften über die Anlage der Mündelgelder (§§ 1664, 1665 u. 1667) in enge Fesseln geschlagen, die nur das Vormundschaftsgericht lockern kann. Er muß bei Beendigung der Verwaltung Rechnung legen und auf Verlangen den Offenbarungseid leisten (§ 1700 Abs. 1 u. Motive S. 747). Seine Haftung ist durchweg die des Vormunds (§§ 1696—1698); es trifft ihn auch die Beweislast, daß er die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewandt hat (Motive S. 748). Daß dies nicht das väterliche Mundium des deutschen Rechtes ist, bedarf keiner näheren Darlegung. — Am wenigsten können wir der Beurteilung von Fuld beistimmen, der sogar noch eine weitere Abschwächung der väterlichen Rechte verlangt (vgl. S. 421, 428—429 u. 444).

elterlichen Gewalt" für die Person des Kindes hebt der Entwurf die „Erziehung" und die „Aufsicht" besonders hervor, gewährt das zur Ausübung der Erziehungsgewalt erforderliche „Zuchtrecht" und verpflichtet das Vormundschaftsgericht auf Antrag des Erziehungsberechtigten zur Unterstützung desselben „durch geeignete Zwangsmaßregeln" (§ 1504). Zugleich erkennt er einen Anspruch auf Herausgabe des von einem anderen widerrechtlich vorenthaltenen Kindes und auf Zurückführung des flüchtigen Kindes mit polizeilicher Hülfe an (§ 1505). Neben dem Vater stattet er bei bestehender Ehe die Mutter mit einem Anteil an der Pflicht und dem Recht der Sorge für die Person des Kindes aus, entzieht ihr jedoch die gesetzliche Vertretung des Kindes und wahrt dem Vater das entscheidende Wort (§ 1506)[1]. Zu dem Antrage auf Entlassung des Kindes aus dem Staatsverbande ohne gleichzeitige Beantragung der eignen Entlassung soll der „Inhaber der elterlichen Gewalt" der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedürfen (§ 1507). Daß die wichtige Frage des religiösen Erziehungsrechtes dem Landesrecht überwiesen wird (§ 1508), ist schon oben erwähnt (S. 142). Da nach dem Entwurfe Heirat nicht mündig macht, verbleibt der verheiratete minderjährige Sohn unter der vollen elterlichen Erziehungs- und Aufsichtsgewalt (Motive S. 753); dagegen wird hinsichtlich der verheirateten minderjährigen Tochter wenigstens die thatsächliche Fürsorge für die Person als Sache des Mannes behandelt und deshalb die elterliche Gewalt in ihrer persönlichen Richtung auf die gesetzliche Vertretung in persönlichen Angelegenheiten eingeschränkt (§ 1509).

Was die dem „Inhaber der elterlichen Gewalt" zustehende „elterliche Vermögensverwaltung" betrifft, so modifiziert der Entwurf hier nur in wenigen Punkten die Grundsätze des Vormundschaftsrechtes. Er läßt die Ausschließung der elterlichen Verwaltung durch letztwillige Verfügung oder Zuwendung unter Lebenden hinsichtlich der dem Kinde zugewandten Vermögensgegenstände zu (§ 1510). Den Kreis derjenigen Veräußerungs- und Verpflichtungsgeschäfte, zu deren Vornahme es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedürfen soll, begrenzt er enger als im Vormundschaftsrecht, geht jedoch auch hier in der Einschränkung des „Inhabers der elterlichen Gewalt" weiter als die geltenden Gesetze (§ 1511). Gegenstände, die hiernach nur mit Genehmigung des Vor-

[1]) Dem Vorschlage von Fuld S. 421 u. 444, daß bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Vater und Mutter vielmehr das Vormundschaftsgericht entscheiden soll, wird niemand beistimmen, der noch ein gesundes Familienleben will!

mundschaftsgerichts veräußert werden können, soll der „Inhaber der elterlichen Gewalt" dem Kinde auch nicht zu freier Verfügung zu überlassen vermögen (§ 1512). Hinsichtlich der Zulässigkeit einer allgemeinen obervormundschaftlichen Ermächtigung zum Abschluß gewisser Verpflichtungsgeschäfte und hinsichtlich der Wirksamkeit der obervormundschaftlichen Genehmigung und der Folgen ihres Unterbleibens wird wieder auf das Vormundschaftsrecht verwiesen (§§ 1513—1514). Durch eine bloße Ordnungsvorschrift wird der Beginn eines neuen Erwerbsgeschäftes im Namen des Kindes ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verboten (§ 1515).

Erfreulich ist es, daß der Entwurf die „elterliche Nutznießung" (3) festgehalten und nicht als ein von der elterlichen Gewalt getrenntes und vollkommen selbständiges Recht, sondern „als einen, allerdings mehr accidentalen, Bestandteil der elterlichen Gewalt" gestaltet hat, obschon „damit vom Standpunkte des Entwurfes aus ein fremdartiges, dem vormundschaftlichen Charakter der elterlichen Gewalt nicht entsprechendes Element in diese hineingetragen wird" (Motive S. 724 ff.). Indem er mit der elterlichen Gewalt von Rechts wegen die Nutznießung an allem Kindesvermögen, welches nicht als „freies Vermögen" davon besonders ausgenommen ist, verknüpft, befindet er sich in Einklang mit der deutschrechtlichen Ausprägung des elterlichen Mundiums. Auch ist gegen die Beschränkung des freien Vermögens auf die ausschließlich zum persönlichen Gebrauche des Kindes bestimmten Sachen, die durch Verfügung eines Dritten bei Gelegenheit einer Zuwendung an das Kind dafür erklärten Gegenstände, den Erwerb aus selbständiger Arbeit oder dem gestatteten selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes und die nach dem Surrogationsprinzip zum freien Vermögen gehörigen Gegenstände (§§ 1516—1519) nichts einzuwenden. Allein der Entwurf verläßt sofort wieder den gesunden familienrechtlichen Boden, wenn er die elterliche Nutznießung den Vorschriften über den Nießbrauch unterwirft (§ 1520) und so grundsätzlich als ein nach den Regeln des Individualsachenrechts zu beurteilendes eignes dingliches Recht an den einzelnen Sachen und Rechten des Kindes konstruiert. Mag auch diese Behandlungsweise sich an das bisherige gemeine Recht und die meisten neueren Gesetzgebungen anschließen, so beruht sie doch hier wie bei der ehelichen Nutznießung auf einer romanistischen Verunstaltung des deutschen Familienrechtes und sollte in unserem künftigen Gesetzbuch keine Stätte finden. Selbstverständlich muß nun der Entwurf eine Fülle schwerfälliger und und wenig durchsichtiger Bestimmungen hinzufügen, um den Nießbrauch so zu „modifizieren", daß sich ein Rechtsverhältnis ergiebt, welches

einigermaßen einem aus dem Recht an der Person fließenden und durch seine familienrechtliche Grundlage und Zweckbestimmung begrenzten einheitlichen Nutzungsrecht am Kindesvermögen als an einem Ganzen ähnelt. Zunächst wird dieser Nießbrauch auf die jeweilig zum Kindesvermögen gehörigen Gegenstände eingeschränkt (§ 1521). Sodann wird dem „Inhaber der elterlichen Gewalt" die Inventarisationspflicht erlassen (§ 1522). Weiter sollen die Vorschriften über den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen keine Anwendung finden, so daß der „Inhaber der elterlichen Gewalt" an solchen Sachen kein Eigentum erlangt und nur die zur Nutzung durch Verbrauch bestimmten verbrauchbaren Sachen und kraft besonderer Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes auch andere verbrauchbare Sachen verbrauchen oder in eignem Namen veräußern kann, woraus er dann zum Ersatz des Wertes nach Beendigung der Nutznießung verpflichtet wird (§ 1523). Dafür soll er regelmäßig zu einer Sicherheitsleistung nicht angehalten werden können (§ 1524). Wegen Erfüllung einer an sich erst bei Beendigung des Nießbrauches fälligen Verbindlichkeit zu einem früheren Zeitpunkt soll es wie bei der ehelichen Nutznießung gehalten werden (§ 1525 mit einer schwer auflösbaren Verweisung auf den schon hinreichend dunkel gefaßten § 1296). An „Forderungen, Aktien auf Inhaber, Grundschulden und Eigentümerhypotheken" soll die elterliche Nutznießung nicht die gewöhnlichen Rechte eines Nießbrauchers gemäß den §§ 1028—1036, sondern nur „ein Recht auf Beziehung der Früchte" begründen (§ 1526); wegen der etwa erforderlichen Verfügung über die betreffenden Rechte oder die eingezogenen Gelder wird der „Inhaber der elterlichen Gewalt" auf sein Verwaltungsrecht verwiesen (Motive S. 781). Wird ein Erwerbsgeschäft im Namen des Kindes betrieben, so ergreift die elterliche Nutznießung „die einzelnen zu dem Erwerbsgeschäft gehörigen Gegenstände" überhaupt nicht, gewährt vielmehr nur ein Recht auf den jährlichen Reingewinn, soweit derselbe nicht zur Deckung früherer Verluste verwandt werden muß (§ 1527); hier bildet also, obwohl der Entwurf dies Zugeständnis hinter einer Negation versteckt, ein Vermögensinbegriff als Ganzes das Objekt des Nießbrauches (Motive S. 782), so daß man sich erstaunt fragt, warum denn der Entwurf überall sonst mit einem solchen Aufwande von Kunst dem Begriffe des Vermögensganzen aus dem Wege gegangen ist, wenn der verpönte Begriff schließlich dennoch durch eine Seitenpforte in den Tempel des gemeinen Rechtes einzieht. Der Befriedigung der Gläubiger des Kindes aus dem Vermögen desselben soll die elterliche Nutznießung in keiner Weise ein Hindernis bereiten (§ 1528); auch soll dieselbe bei der Würdigung der Leistungsfähigkeit des Kindes behufs Erfüllung einer

Unterhaltspflicht außer Betracht bleiben (§ 1529). In genauer Anlehnung an die beim gesetzlichen ehelichen Güterrecht getroffenen Bestimmungen werden auch hier im Verhältnis des Kindes zum „Inhaber der elterlichen Gewalt" die Verbindlichkeiten des Kindes grundsätzlich ebenfalls dem nichtfreien Vermögen des Kindes zur Last gelegt, gewisse Verbindlichkeiten aber (insbesondere Deliktsschulden und auf das freie Vermögen bezügliche Schulden) als Lasten des freien Vermögens behandelt und zwischen beiden Vermögensmassen Ersatzansprüche begründet (§ 1530). Ebenso werden die mit der elterlichen Nutznießung verbundenen Lasten nach dem Muster der für die eheliche Nutznießung aufgestellten Sätze normiert (§ 1531). Ein überaus verkünsteltes und unnatürliches Verhältnis läßt der Entwurf eintreten, wenn dem „Inhaber der elterlichen Gewalt" die Verwaltung von Kindesvermögen entzogen ist; dann soll seine elterliche Nutznießung nicht, wie dies (abgesehen von den Fällen einer abweichenden Bestimmung bei einer dem Kinde gemachten Zuwendung) dem Wesen der Sache entspräche[1]), überhaupt wegfallen, sondern als eignes dingliches Recht fortbestehen; allein die eigne Ausübung dieses Rechtes wird dem „Inhaber der elterlichen Gewalt" genommen und für Rechnung desselben auf das Kind übertragen, das sie seinerseits durch den zu seiner Vermögensverwaltung berufenen gesetzlichen Vertreter ausübt (!); an den „Inhaber der elterlichen Gewalt" ist nur der Überschuß der Nutzungen über die Kosten und Lasten der Nutznießung herauszugeben; im Falle des Ruhens oder der Entziehung des Verwaltungsrechtes können auch die dem „Inhaber der elterlichen Gewalt" zur Last fallenden Kosten der Unterhaltung des Kindes vorabgezogen werden; auch hat, mit Ausnahme des Falles der ruhenden elterlichen Gewalt, ein dergestalt von der eignen Ausübung seines Nießbrauches ausgeschlossener Elternteil die an sich erst bei Beendigung des Nießbrauches fälligen Verpflichtungen sofort zu erfüllen (§§ 1532—1533). Gleich der ehelichen Nutznießung wird das elterliche Nutzungsrecht für unveräußerlich und unpfändbar erklärt (§ 1534), die Pfändung aber der daraus gezogenen Früchte nach Analogie des § 1299 eingeschränkt (§ 1535). Eine Beendigung der elterlichen Nutznießung vor Beendigung der elterlichen Gewalt soll durch die Verheiratung des Kindes eintreten, sofern nicht die Ehe ohne die erforderliche Genehmigung des nutzungsberechtigten Elternteils geschlossen ist (§ 1536). Auch wird, während ein Verzicht auf die elterliche Gewalt unzulässig ist (§ 1561), ein Verzicht auf die elterliche Nutznießung in der Form einer vor dem Vor-

[1]) Vgl. auch Fuld S. 422, 439 u. 445.

mundschaftsgericht abzugebenden Erklärung zugelassen (§ 1537), — eine dem Wesen der Sache widersprechende Bestimmung, zu welcher der Entwurf lediglich durch die schon oben besprochene Losreißung der elterlichen Unterhaltspflicht von dem elterlichen Gesamtverhältnis genötigt wird. So aber ist es überhaupt ein nicht bloß künstliches, sondern auch unvollkommenes Surrogat, welches der Entwurf anstatt einer mit Fruchtgenuß verbundenen mundschaftlichen Vermögensherrschaft bietet. Wird auch der im Prinzip angenommene Nießbrauch an den einzelnen Gegenständen bis zur Unkenntlichkeit umgemodelt, so bleibt doch der Grundtypus eines individualistisch angelegten eignen dinglichen Rechtes unverwischt. Alle Beziehungen, welche zwischen diesem Nießbrauch und den sonst aus dem elterlichen Verhältnis fließenden Rechten und Pflichten einschließlich der Vermögensverwaltung hergestellt werden, vermögen in ihrer äußerlichen und mechanischen Wirkungsweise das fehlende innere Band nicht zu ersetzen. Zuletzt klaffen überall Risse und Sprünge, und die Einheit des deutschen Hauses geht kläglich in Trümmer. Ein väterlicher Nießbrauch, den unter Umständen das Kind für den Vater auszuüben hat, kennzeichnet sich schon durch diesen einen Zug als ein in Wahrheit seiner familienrechtlichen Grundlage entfremdetes Gebilde.

Besondere Bestimmungen trifft der Entwurf über die „elterliche Gewalt der Mutter" (4). Die Mutter wird, wie schon erwähnt ist, durch den Tod des Vaters zum „Inhaber der elterlichen Gewalt". Auch erlangt sie die elterliche Gewalt mit Ausnahme der elterlichen Nutznießung in den wichtigsten Fällen des Ruhens der väterlichen Gewalt und die volle elterliche Gewalt infolge Todeserklärung des Vaters und im Falle der Verwirkung des väterlichen Rechtes mit Auflösung der Ehe. Als „Inhaber der elterlichen Gewalt" wird die Mutter an sich dem Vater vollkommen gleichgestellt. Allein für Ausnahmefälle soll ihr ein „Beistand" zugeordnet werden, den das Vormundschaftsgericht auf Anordnung des Vaters, auf Antrag der Mutter oder aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes zu bestellen hat (§ 1538). Dieser Beistand, dessen Wirkungskreis durch die Bestellung auf gewisse Angelegenheiten oder auch auf eine einzelne Angelegenheit eingeschränkt werden kann (§ 1539), soll die Mutter bei Ausübung der elterlichen Gewalt unterstützen und überwachen und die nötigen Anzeigen an das Vormundschaftsgericht machen (§ 1540). Seine rechtliche Stellung ist die des „Gegenvormundes"; nur wird durch seine Genehmigung auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes insoweit ersetzt, als dieselbe zwar zu einem Rechtsgeschäfte des Vormundes, nicht aber zu einem Rechtsgeschäfte des Inhabers der elterlichen Gewalt erfordert wird (§§ 1541—1543). —

Mit der Einführung der mütterlichen Gewalt knüpft der Entwurf zwar an mancherlei bestehende Rechtsinstitute deutscher Herkunft an. Allein indem er dieselbe mit der väterlichen Gewalt schlechthin gleichstellt und auch in Ausnahmefällen nur durch die Zuordnung eines unterstützenden und kontrollierenden Gegenvormundes ergänzt, bringt er für ganz Deutschland eine tief eingreifende Neuerung. Sicherlich erfüllt er mit der grundsätzlichen Anerkennung der mütterlichen Gewalt eine in unserer Rechtsgeschichte angelegte und in den modernen Kulturverhältnissen begründete Forderung[1]). Nur gelangt er auch hier von seinen individualistischen und formalistischen Voraussetzungen aus zu einem teilweise schiefen und teilweise überspannten Ergebnis. Zunächst dürfte die mütterliche Gewalt nicht als eine neben der väterlichen Gewalt überhaupt nicht vorhandene und erst mit deren Wegfall entstehende einseitige Machtvollkommenheit konstruiert werden. Vielmehr entspräche dem Wesen des deutschen Hauses allein die Auffassung der „elterlichen" Gewalt als eines gemeinschaftlichen Elternrechtes, welches sich in der „väterlichen" Gewalt, solange eine solche besteht, vorzugsweise darstellt, jedoch Raum für eine neben der väterlichen Gewalt in sekundärer Weise wirksame „mütterliche" Gewalt bietet und beim Wegfall der väterlichen Gewalt sich in dieser mütterlichen Gewalt konsolidiert[2]). Hieraus folgt von selbst, daß die mütterliche Gewalt stets zur Ergänzung der väterlichen Gewalt bereitstehen und daher bei jeder vorübergehenden wie dauernden Verhinderung des Familienhauptes in die Lücke treten muß. Die Motive weisen diesen Gedanken ohne nähere Begründung zurück (S. 739). Indem nun aber im Falle der Abwesenheit oder Krankheit des Vaters, solange nicht die Voraussetzungen des „Ruhens" seiner Gewalt erfüllt sind, die Mutter jeder selbständigen elterlichen Vertretungs- und Verwaltungsbefugnis entbehrt, entsteht ein anarchischer Zustand, dem unter Umständen nur durch die gerade hier am wenigsten angezeigte Einführung eines interimistischen Vormundes in die Familie abgeholfen werden könnte. Rückt die Mutter in die Stellung des Familienhauptes ein, so muß von selbst ihre nunmehr alleinige Gewalt an die Stelle des gemeinschaftlichen Elternrechts

[1]) Vgl. auch die Gutachten von Pfaff und Kohler in den Verhandl. des XIX. deutschen Juristentages Bd. 2 S. 153—228. — Ferner Klöppel a. a. O. Bd. 33 S. 350 ff.

[2]) Ähnlich auch Pfaff a. a. O. S. 213 ff.; vgl. auch Fuld S. 421. — Ganz kann sich ja der Entwurf dieser natürlichen Anschauung nicht entziehen, indem er durch § 1506 der Mutter schon neben dem Vater einen Anteil an der Sorge für die Person einräumt. Allein als „Inhaber der elterlichen Gewalt" behandelt er trotzdem nur den Vater.

treten. Dagegen ist es wieder eine Verschiebung des richtigen Standpunkts, wenn der Entwurf die Mutter in die ihr bisher fremde elterliche Gewalt des Vaters succedieren läßt. Bei der Zugrundelegung des Gedankens eines gemeinschaftlichen Elternrechtes würde auch die unglückselige Fassung dieses Titels alsbald einer gesunderen Formulierung weichen. Der „Inhaber der elterlichen Gewalt“ verschwände, das „elterliche“ Recht würde eben den „Eltern“, das „väterliche“ dem „Vater“, das „mütterliche“ der „Mutter“ zurückgegeben. Wäre so der für den Entwurf offenbar nicht bedeutungslose äußerliche Grund der vollkommenen Gleichheit des dem geschlechtslosen „Inhaber der elterlichen Gewalt“ in jedem Falle zugemessenen Kreises von Rechten und Pflichten beseitigt, so wäre ernstlich zu erwägen, ob nicht der Inhalt der „mütterlichen“ Gewalt enger als der Inhalt der „väterlichen“ Gewalt begrenzt werden müßte. Diese Frage würde namentlich dann auftauchen, wenn dem Vater statt der ihm vom Entwurf zugedachten schwächlichen und gebundenen Stellung eine starke und freie Hausgewalt eingeräumt würde. Auch der Mutter gebührt eine mit Fruchtgenuß verbundene Herrschaft, nicht bloß eine nach dem Bilde der amtlichen Vormundschaft geformte Fürsorge mit angehängtem Nießbrauch. Allein es entspricht der Natur der Sache, daß die für sich stehende Witwe in der gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Kinder und in der Verfügung über das Kindesvermögen minder frei gestellt wird als das Elternpaar oder der Witwer. Nach dem System des Entwurfes ist nicht bloß auf eine durchschnittlich gleiche, sondern auf eine durchschnittlich größere Geschäftserfahrenheit und Charakterstärke des weiblichen Geschlechtes gerechnet, da erfahrungsmäßig Frauen viel häufiger als Männer in die Lage kommen, mit minderjährigen Kindern, denen bereits eignes Vermögen zusteht, allein zurückzubleiben. Nun ermöglicht ja freilich der Entwurf die Bestellung eines der Mutter zugeordneten Beistandes. Indem er jedoch diesem Beistande die Funktionen eines Gegenvormundes zuweist, wird er dem wirklichen Bedürfnis wenig gerecht. Denn wenn aus subjektiven oder objektiven Gründen die Mutter der ihr gestellten Aufgabe nicht gewachsen ist, so ist es doch ein höchst ungeeignetes Auskunftsmittel, sie zur Vormünderin mit einem Gegenvormunde zu machen! Die ganze Last und Verantwortlichkeit der geschäftlichen Thätigkeit bleibt ihr aufgebürdet; sie wird nur unter eine Kontrolle gestellt und empfängt vielleicht nebenbei Rat und Unterstützung. Soll es denn wirklich für eine Frau, die von Geschäften nichts versteht und denselben fremd zu bleiben wünscht, keine Möglichkeit geben, sich auf die persönliche Sorge für ihre Kinder zurückzuziehen und die Bestellung eines wirklichen Vormundes zu erwirken? Ist nicht auch, wenn der

Vater oder das Gericht die Mutter für ungeeignet zu einer schwierigen Vermögensverwaltung hält, die Einleitung einer Vormundschaft der angemessenere Weg? Man kann ja die neben einer mütterlichen Gewalt bestehende Vormundschaft besonders ausgestalten und in solchen Angelegenheiten, in denen die Stimme der Mutter zur Entscheidung berufen ist oder nicht überhört werden darf, außer Funktion setzen oder an die Mitwirkung der Mutter binden. Eine Gegenvormundschaft aber ist die verfehlteste Form der Abhülfe in der überwiegenden Mehrzahl der vorausgesetzten Fälle. Mit dieser Einrichtung als allein zulässiger Ergänzung der mütterlichen Gewalt wird denn doch die geschäftliche Fähigkeit und Neigung der deutschen Frauen weit überschätzt. Unterschätzt aber wird damit die Bedeutung eines neben der Mutter stehenden Vormundes. Gerade in den niederen Ständen, bei denen die Motive ein Bedürfnis der Ergänzung der mütterlichen Gewalt am wenigsten gelten lassen (S. 738 u. 798), — im kleinen Handwerkerstande, auf dem Lande — spielt der Vormund auch heute noch vielfach eine überaus wichtige und heilsame Rolle. Hier erscheint er in Wahrheit oft als Vertreter der erloschenen väterlichen Autorität und übt den wohlthätigsten Einfluß auf die Kinder aus, die häufig genug ein reines Frauenregiment nicht in Zucht und Ordnung zu halten vermag. Von diesem Gesichtspunkt aus ist es sogar bedenklich, daß der Entwurf die Zuordnung eines Beistandes regelmäßig nur auf eine besondere Initiative der Beteiligten hin eintreten läßt. Denn in der ländlichen und kleinbürgerlichen Bevölkerung wird nicht nur eine letztwillige Anordnung des Vaters selten vorkommen, sondern auch ein Antrag der Mutter selbst dann meist unterbleiben, wenn das Bedürfnis und der Wunsch nach einer Ergänzung der mütterlichen Gewalt besteht. In diesen Kreisen würde also der Vormund neben der Mutter zum Unsegen mancher Familie ganz verschwinden. Nach unserer Ansicht würde das Gesetzbuch den realen Verhältnissen besser gerecht werden, wenn es dem Vormundschaftsgericht die Pflicht auferlegte, in jedem Falle die Mutter zu einer Erklärung zu veranlassen, ob sie die Bestellung eines Vormundes beantragen will oder nicht. Hiermit wäre zugleich für die thatsächliche Berücksichtigung der in den einzelnen Landesteilen herrschenden ungleichartigen Zustände, über welche die Motive ein wenig leicht hinweggehen (S. 738), der nötige Raum geschaffen. Denn einsichtige Vormundschaftsrichter würden, sobald sie von Amts wegen mit der Frage befaßt sind, eines Einflusses auf deren angemessene Lösung nicht entbehren.

Die „Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichts“ nebst der aus ihr fließenden „Beschränkung der elter-

lichen Gewalt" (5) regelt der Entwurf nicht im Sinne der „regelmäßigen, organisierten und präventiven" obrigkeitlichen Kontrolle über den Altersvormund, sondern als eine außerordentliche und nur in Veranlassung besonderer Umstände wirksam werdende Eingriffsmacht (Motive S. 802). Das Vormundschaftsgericht soll bei Verhinderung des „Inhabers der elterlichen Gewalt" die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßregeln treffen (§ 1544). Es soll bei Nichtbefolgung der für die Ausübung der elterlichen Gewalt verbindlichen Anordnungen eines Dritten deren Befolgung sichern (§ 1545). Für den Fall der Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles des Kindes durch Mißbrauch der elterlichen Gewalt oder durch Vernachlässigung der Elternpflichten oder infolge ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens des Inhabers der elterlichen Gewalt soll das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln treffen und kann insbesondere die Unterbringung des Kindes in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt anordnen, auch nötigen Falls die elterliche Gewalt mit Ausnahme der elterlichen Nutznießung ganz oder teilweise entziehen (§ 1546). Ebenso soll es bei einer erheblichen Gefährdung des Vermögens des Kindes durch Pflichtwidrigkeit oder Vermögensverfall des „Inhabers der elterlichen Gewalt" die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln treffen, insbesondere zunächst die Einreichung eines Vermögensverzeichnisses und die Hinterlegung der Kostbarkeiten und Wertpapiere bezw. die Umschreibung der Inhaberpapiere, nötigen Falls aber auch Sicherheitsleistung anordnen (§ 1547). Werden diese Anordnungen nicht befolgt, so kann es dem „Inhaber der elterlichen Gewalt" die Vermögensverwaltung ganz entziehen (§ 1550). Die gleiche Befugnis steht ihm zu, wenn der „Inhaber der elterlichen Gewalt" die ihm auferlegte Verpflichtung nicht erfüllt, vor Schließung einer neuen Ehe Anzeige zu erstatten, ein Vermögensverzeichnis einzureichen und die Erbschaftsauseinandersetzung (deren Aufschub indes gestattet werden kann) herbeizuführen (§§ 1548 u. 1550). In allen Fällen, in denen das Vormundschaftsgericht zu einem Einschreiten berufen ist, haben die Gemeindewaisenräte unverzüglich nach erlangter Kenntnis dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu machen (§ 1552). Unmittelbar kraft Gesetzes läßt der Entwurf durch Konkurseröffnung die Vermögensverwaltung des „Inhabers der elterlichen Gewalt" ein Ende erreichen, gestattet aber nach Beendigung des Konkurses die Wiedereinräumung der Vermögensverwaltung durch das Vormundschaftsgericht (§ 1553). Ist es selbstverständlich zu billigen, daß der Entwurf aus seiner Auffassung der elterlichen Gewalt als einer Abart der Vormundschaft die letzten Kon-

sequenzen nicht gezogen und auf die Einführung einer ständigen obervormundschaftlichen Fürsorge und Aufsicht verzichtet hat, so würden die von ihm dem Vormundschaftsgericht verliehenen Befugnisse zu außerordentlichen Eingriffen auch dann im wesentlichen beizubehalten sein, wenn die elterliche Gewalt im Sinne des deutschen Mundium als eine familienrechtliche Schutzherrschaft ausgestaltet würde. Denn soweit die naturgegebene Schutzgewalt des Familienrechtes versagt, hat eben die staatliche Schutzgewalt in die Bresche zu treten. Daß dabei dem diskretionären Ermessen des Vormundschaftsgerichtes ein weiter Spielraum gewährt wird, ist unter den heutigen Verhältnissen nicht wohl zu vermeiden[1]). Allein mindestens gegen die einschneidendsten Verfügungen des Vormundschaftsgerichtes, wie gegen die Wegnahme des Kindes und gegen die völlige oder teilweise Entziehung der elterlichen Gewalt, müßte den Eltern ein Anspruch auf rechtliches Gehör im ordentlichen Prozeßverfahren eingeräumt werden. Handelt es sich doch um einen Eingriff in ein Recht von Gottes Gnaden! Wie die Motive ergeben (S. 805), hat der Entwurf gerade wegen der Übertragung der endgültigen Entscheidung an das Vormundschaftsgericht Anstand genommen, mit dem Verlust oder der Suspension der elterlichen Erziehungsgewalt oder Vermögensverwaltung zugleich den Verlust oder die Suspension der elterlichen Nutznießung zu verknüpfen. Das Kind selbst kann dem Vater im Verwaltungswege genommen werden, der pekuniäre Vorteil aus dem Besitz eines wohlhabenden Kindes nicht! Diese Unterscheidung ist bezeichnend für die den ganzen Entwurf durchziehende Auffassung, daß eigentliches und echtes Privatrecht doch zuletzt nur das Vermögensrecht ist. Daß damit zugleich die elterliche Nutznießung, welche mit dem Wegfall der elterlichen Fürsorge für das Kind ihre innere Berechtigung verliert, ihrem wahren Wesen entfremdet und zu einem im egoistischen Interesse der Eltern begründeten Individualrecht gestempelt wird, haben wir schon oben bemerkt. Im übrigen leiden auch diese Bestimmungen des Entwurfes an dem Mangel jeder Unterscheidung zwischen väterlicher und mütterlicher Gewalt und insbesondere an der vollständigen Nichtbeachtung des neben dem Rechte des Vaters bereits vorhandenen Rechtes der Mutter. Gerade hier ist nirgends davon die Rede, daß im Falle der Verhinderung, Unfähigkeit oder Pflichtvergessenheit des Vaters zunächst,

[1]) Vorschläge zu einer minder vagen Fassung der Bestimmungen des Entwurfes macht Fuld S. 431 ff. u. 444, der auch mit Recht auf S. 435 ff. für die Übertragung der Entscheidung über Entziehung der väterlichen Gewalt auf das Landgericht eintritt.

soweit dies irgend thunlich ist, die Mutter in die Lücke zu treten hat. Selbst der ihr ausdrücklich zugesprochene Anteil an der Sorge für die Person des Kindes wird durchweg ignoriert und geht durch das Verschulden des „Inhabers der elterlichen Gewalt“ unweigerlich mit verloren (Motive S. 806).

Schließlich trifft der Entwurf eine Reihe verwickelter Bestimmungen über „Ruhen und Beendigung der elterlichen Gewalt“ (6). Die elterliche Gewalt soll ruhen, wenn und solange ihr Inhaber geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder wegen thatsächlicher Verhinderung desselben die Notwendigkeit einer anderweiten allgemeinen Fürsorge für das Kind obervormundschaftlich festgestellt ist; doch erstreckt sich dieses Ruhen nicht auf die elterliche Nutznießung; und der minderjährige „Inhaber der elterlichen Gewalt“ hat überdies die Sorge für die Person des Kindes in demjenigen Umfange, in welchem dieselbe der Mutter neben dem Vater zugebilligt ist, jedoch „mit der Maßgabe“, daß hierbei der „gesetzliche Vertreter“ des Kindes die Stellung des der Mutter zugeordneten „Beistandes“ hat (§ 1554). Ruht die elterliche Gewalt des Vaters, so steht die elterliche Gewalt mit Ausnahme der dem Vater verbleibenden elterlichen Nutznießung der Mutter zu, die nun also auch die gesetzliche Vertretung und die Vermögensverwaltung erlangt, die letztere aber unter gebührender Wahrnehmung der Interessen des Nießbrauchers führen muß; liegt der Grund des Ruhens der elterlichen Gewalt in der Minderjährigkeit des Vaters, so hat dieser an der Erziehungsgewalt und sonstigen persönlichen Sorge für die Kinder denselben Anteil, den unter normalen Verhältnissen die Mutter hätte; ist der Vater wegen Verschwendung entmündigt oder die Ehe aufgelöst, so tritt die mütterliche Gewalt überhaupt nicht an die Stelle der ruhenden Gewalt des Vaters (§ 1555). Daß diese Ordnung gesund wäre, läßt sich schwer behaupten. Die seltsamen Vorschriften über die Sorge für die Person des Kindes mit ihrer Verwandlung des minderjährigen Vaters in eine Mutter würden wegfallen, wenn der Entwurf den Satz „Heirat macht mündig“ aufnähme. Soll es aber minderjährige Eltern geben, so darf man denselben wenigstens das Recht und die Pflicht zur Pflege und Erziehung der Kinder nicht verkümmern. Durch die Losreißung der elterlichen Nutznießung von der elterlichen Gewalt wird auch hier das natürliche Verhältnis verschoben. Daß mit Rücksicht auf den Fortbestand des väterlichen Nießbrauches nicht bloß im Falle der Ehescheidung, sondern auch im Falle der Auflösung der Ehe wegen Todeserklärung die Mutter nicht zur Ersetzung des Vaters berufen sein soll, ist eine ungehörige Folge des verfehlten Prinzips. Und ebensowenig

kann es gebilligt werden, daß im Falle der Entmündigung des Vaters wegen Verschwendung die Mutter nicht nur nicht an dessen Stelle treten, sondern sogar ihren bisherigen Anteil an der Erziehungsgewalt verlieren soll (Motive S. 823). Einen weiteren Fall des Ruhens der elterlichen Gewalt statuiert der Entwurf während der Unbekanntschaft des Familienstandes eines Kindes (§ 1556). Die **Beendigung** der elterlichen Gewalt soll mit der Volljährigkeit des Kindes, mit der Todeserklärung des Inhabers, mit der Eingehung einer neuen Ehe seitens der in ihrem Besitz befindlichen Mutter und mit der „Verwirkung" derselben durch die Verurteilung zu einer Zuchthausstrafe oder mindestens sechsmonatlichen Gefängnisstrafe wegen eines gegen das Kind oder an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlich begangenen Vergehens eintreten; doch behält die Mutter bei Eingehung einer neuen Ehe den der Mutter neben dem Vater zugebilligten Anteil an der Sorge für die Person der Kinder unter Beistandschaft des Vormundes; der für tot erklärte „Inhaber der elterlichen Gewalt" kann dieselbe, wenn er noch lebt, zurückfordern; an die Stelle der elterlichen Gewalt des für tot erklärten Vaters tritt die mütterliche Gewalt; dagegen soll im Falle der Verwirkung der väterlichen Gewalt die mütterliche Gewalt bei Lebzeiten des Vaters nur eintreten, wenn die Ehe aufgelöst ist; der Verzicht auf die elterliche Gewalt ist unzulässig (§§ 1557—1561). Sehen wir von Einzelnheiten, wie der auch hier ungerechtfertigten Ausschließung der Mutter bei einem schweren Verschulden des Vaters, ab, so sind die in der Person des Vaters oder der Mutter liegenden Beendigungsgründe angemessen geordnet. Insbesondere ist es zu billigen, daß die väterliche Gewalt durch Wiederverheiratung nicht endigen, dagegen die mütterliche Gewalt durch Wiederverheiratung erlöschen soll. Um so schwerere Bedenken aber erweckt die unbedingte Anknüpfung des Unterganges der elterlichen Gewalt an die Volljährigkeit des Kindes. Hiermit ist die Losreißung des Elternrechtes von der Hausgemeinschaft vollendet. Dem ursprünglichen und tiefen Gedanken des deutschen Rechts, daß es auf die Lösung des Kindes aus dem Hausverbande durch wirtschaftliche Verselbständigung in einem gesonderten Hausstande ankommt, ist das Lebenslicht ausgeblasen. Die mechanische und gleichförmige Regel des Entwurfes hat ja freilich den Vorzug der „Einfachheit". Allein der Bequemlichkeit des Gesetzgebers darf ein im größten Teile Deutschlands geltendes Recht, welches der nationalen Anschauung und den wirklichen Bedürfnissen entspricht, nicht geopfert werden. Außerdem scheinen vor allem Rücksichten der „Verkehrssicherheit" den Ausschlag gegeben zu haben. Auch diese jedoch müssen hinter die Rücksichten auf die deutsche

Familie zurücktreten. Überdies kommen dieselben nur hinsichtlich der Frage nach der Gewährung oder Versagung der „Geschäftsfähigkeit“ in Betracht. Man kann aber die Geschäftsfähigkeit erst und schon mit der Großjährigkeit eintreten lassen und gleichwohl im übrigen die elterliche Gewalt an die Hausgemeinschaft knüpfen. Was zunächst minderjährige Kinder betrifft, so haben wir schon wiederholt für den Satz „Heirat macht mündig“ gestritten. Wird derselbe verworfen, so muß jedenfalls mit der Heirat des Kindes nicht bloß, wie dies ja auch der Entwurf vorschlägt (§ 1536), die elterliche Nutznießung, sondern auch die elterliche Erziehungsgewalt und Vermögensverwaltung ihr Ende erreichen. Zu einer unverkürzten elterlichen Gewalt ist neben einem Ehemanne kein Raum, während ein selbst unter einer derartigen Gewalt stehender Ehemann eine widerspruchsvolle Figur bildet. In anderen Fällen einer wirtschaftlichen Verselbständigung des Kindes vor Erreichung der Volljährigkeit gebührt demselben mindestens der Genuß seines Vermögens; die elterliche Nutznießung erscheint einem solchen Kinde gegenüber als ein innerlich unberechtigter Vorteil. Auf der anderen Seite aber ist der vollständige Wegfall der elterlichen Gewalt über die in der Hausgemeinschaft verbleibenden großjährigen Kinder ein Verstoß gegen das Wesen der deutschen Familie. Solange die Töchter unverheiratet im Hause leben, darf dem Familienhaupte die in der Natur des Verhältnisses gegebene Stellung auch rechtlich nicht verkümmert werden. Nicht anders verhält es sich bei dem unverheirateten Sohne, der nach Vollendung des einundzwanzigsten Lebensjahres noch in der Vorbereitung zu einem selbständigen Lebensberufe steckt und deshalb als Hauskind lebt. Natürlich darf großjährigen Kindern das Recht zur Begründung eines abgesonderten Hauswesens nicht versagt, es muß ihnen auch behufs solcher Verselbständigung ein Anspruch aus Herausgabe ihres Vermögens und mindestens im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein Anspruch auf eine Ausrichtung zugestanden werden. Bleiben sie aber im Hause, so sind sie wirtschaftlich unselbständig und können nicht ohne Schädigung des Familienlebens trotzdem die rechtliche Selbständigkeit empfangen. Eine rechtliche Ordnung, kraft welcher Frau und Kinder ohne Wissen und Willen des Hausvaters nach Belieben Geschäfte schließen und Prozesse führen können, thut das Ihrige, um die Familie aufzulösen und damit der bürgerlichen Gesellschaft ihren festesten Halt zu entziehen. Will man jedoch durchaus die Geschäftsfähigkeit großjähriger Hauskinder den „Verkehrsinteressen“ zuliebe nicht einschränken, so braucht man darum immer noch nicht die elterliche Gewalt völlig auszutilgen. Mit der eignen Geschäftsfähigkeit des Hauskindes ist zunächst eine Vertretungsmacht des

Familienhauptes sehr wohl vereinbar. Vor allem aber steht einer Fortdauer der elterlichen Verwaltung und Nutznießung ein Hindernis nicht entgegen. Und einer solchen Fortdauer bedarf es unbedingt! Denn wenn das großjährige Kind im Hause unterhalten wird, so bestehen alle Gründe fort, welche für eine Konzentration der Vermögensherrschaft in der Hand des Hausvorstandes sprechen. Thatsächlich wird ja auch in den meisten Fällen die Sache so gehalten werden; es wird, wenn die älteste Tochter ihre einundzwanzigste Geburtstagsfeier begangen hat, nicht die leiseste Veränderung eintreten und irgend eine Unterscheidung zwischen ihr und den jüngeren Geschwistern nicht Platz greifen. Soll nun aber, wenn die Tochter später heiratet, der Vater ihr Rechnung über die Verwendung ihrer Einkünfte von jenem Tage an schulden? Selbstverständlich kann er dabei, da auch seine Unterhaltspflicht, wie wir gesehen haben, von demselben Tage an einen subsidiären Charakter angenommen hat, seine Aufwendungen für die Unterhaltung in Gegenrechnung stellen. Solche Streitigkeiten darf man nicht herausfordern[1]). Der Entwurf will nicht einmal in Ausnahmefällen eine Verlängerung der elterlichen Gewalt zulassen (Motive S. 831). Ist das Kind blödsinnig oder sonst des vormundschaftlichen Schutzes bedürftig, so soll gleichwohl die elterliche Gewalt unweigerlich erlöschen und eine gewöhnliche Vormundschaft eingeleitet werden, wobei nur die Eltern vorzugsweise ein Anrecht auf Übertragung der Vormundschaft haben. Eine solche Umkehrung der natürlichen Ordnung wird durch die erzielte „erhebliche Vereinfachung des Systems", indem nun „volljährige Personen in allen Fällen unter der Vormundschaft bestellter Vormünder stehen", weder gerechtfertigt noch auch nur entschuldigt.

Das „Rechtsverhältnis der Kinder aus ungültigen Ehen" normiert der Entwurf im vierten Titel durch eine Reihe schwerfälliger und erst mit Hülfe zahlreicher früherer Vorschriften verständlicher Sätze im Anschluß an die im Eherecht durchgeführten Prinzipien (§§ 1562—1567). Die Kinder sollen daher, worin unter Umständen eine außerordentliche Härte liegt, stets ohne alle Rücksicht auf guten oder bösen Glauben der Eltern dann als uneheliche Kinder gelten, wenn die Ehe wegen eines Formmangels ungültig ist. Im übrigen sollen sie bei nichtigen wie anfechtbaren Ehen ohne Rücksicht auf guten oder bösen

---

[1]) Vgl. auch Bähr a. a. O. S. 546—547, welcher den Fall setzt, daß die Tochter mit 36 Jahren noch geheiratet hat und im ersten Wochenbett stirbt und daß nun der Schwiegersohn in seinem und seines Kindes Namen die Nutzungen von 15 Jahren einklagt.

Glauben der Eltern als eheliche Kinder angesehen werden. Im Verhältnis zu den Eltern und deren Verwandten soll es, falls beide Ehegatten in gutem Glauben waren, so gehalten werden, als wenn die Ehe wegen beiderseitigen Verschuldens geschieden wäre. Befand sich der Vater allein in bösem Glauben, so werden ihm die aus der Vaterschaft fließenden Rechte versagt, während die übrigen Wirkungen des Kindesverhältnisses sowohl ihm selbst wie seinen Verwandten gegenüber eintreten; die elterliche Gewalt steht der Mutter zu. War die Mutter allein in bösem Glauben, so wird sie wie eine als allein schuldiger Teil geschiedene Ehefrau behandelt und erlangt nach dem Tode des Vaters oder im Falle der Verwirkung der väterlichen Gewalt nicht die mütterliche Gewalt, sondern nur die Rechte und Pflichten einer wiederheiratenden Witwe. Wenn endlich beide Eltern die Ehe in bösem Glauben geschlossen haben, so sollen beide der elterlichen Gewalt und der Vater überdies der sonstigen Vaterschaftsrechte entbehren, während der Mutter die Sorge für die Person der Kinder in dem Umfange verbleibt, in welchem dazu die wiederheiratende Witwe berufen ist; hier sollen aber die Verwandten des Vaters nicht als Verwandte des Kindes gelten. Die zu Grunde liegenden Gedanken sind also die folgenden: die Kinder erlangen stets die Rechte ehelicher Kinder gegen den Vater wie die Mutter; der Vater wie die Mutter verwirken die Rechte eines ehelichen Vaters und einer ehelichen Mutter durch wissentliche oder grob fahrlässige Eingehung einer nichtigen oder anfechtbaren Ehe; die Mutter behält auch im Falle des bösen Glaubens die von der elterlichen Gewalt unabhängigen Mutterrechte; das Verwandtschaftsverhältnis der Kinder zu den Verwandten der Mutter tritt stets voll ein; das Verwandtschaftsverhältnis der Kinder zu den Verwandten des Vaters wird nicht nur durch guten Glauben des Vaters, sondern auch durch guten Glauben der Mutter gerettet.

Im fünften Titel werden über das „Rechtsverhältnis der unehelichen Kinder“ zunächst „allgemeine Vorschriften“ gegeben (I)[1]). Der Entwurf bricht völlig mit dem im preußischen, österreichischen und französischen Recht festgehaltenen und in vielen anderen Rechtsgebieten wenigstens in erbrechtlicher Hinsicht durchgeführten Grundsatz des älteren deutschen Rechts, daß das uneheliche Kind auch in die Familie der Mutter nicht eintritt. Zwischen dem unehelichen Kinde sowie dessen Abkömmlingen einerseits und der Mutter sowie deren Verwandten

[1]) Vgl. Bähr S. 547—550; Linckelmann II, Gutachten S. 446—469; Klöppel a. a. O. Bd. 33 S. 346—350; Menger S. 39—69.

andererseits sollen vielmehr im allgemeinen „dieselben Rechte und Verbindlichkeiten bestehen, wie wenn das Kind ein eheliches wäre" (§ 1568). Doch wird, was jedenfalls zu billigen ist[1]), der unehelichen Mutter die elterliche Gewalt versagt und nur die Pflicht und das Recht der Sorge für die Person des Kindes in demselben Umfange wie der wiederheiratenden Witwe zugestanden, so daß also stets ein Vormund zu bestellen ist, der auch die Erziehung des Kindes zu überwachen hat (§ 1570). Im Gegensatz zu dieser Gleichstellung unehelicher und ehelicher Kinder in der mütterlichen Familie schließt der Entwurf das uneheliche Kind von der väterlichen Familie vollständig aus. Dasselbe empfängt den Familiennamen der Mutter und zwar, falls dieselbe verheiratet war oder ist, ihren Mädchennamen (§ 1569; über die Fassung desselben vgl. oben S. 61; vom Stande wird wieder geschwiegen). Der Vater erlangt nicht nur keine väterliche Gewalt, sondern überhaupt kein Recht an der Person oder dem Vermögen des Kindes. Zwischen dem Vater oder dessen Verwandten einerseits und dem Kinde oder dessen Abkömmlingen andrerseits entstehen außer der besonders gearteten Unterhaltspflicht des Vaters keinerlei Unterhaltsansprüche. Von irgend einem Erbrecht ist im Verhältnis dieser Personen nicht die Rede. Dabei macht der Entwurf zwischen den verschiedenen Arten von unehelichen Kindern keinen Unterschied; sowenig er ehewidrig (in Ehebruch oder Blutschande) erzeugte Kinder zurücksetzt, begünstigt er Brautkinder. Auch legt er einer förmlichen „Anerkennung" des Kindes durch den Vater keinerlei Wirkungen bei. Diese Regelung ist zweifellos einfach und konsequent. Sie ist indes nicht unbedenklich. Die Rechtsordnung ist auf diesem Gebiete stets insofern in einer schwierigen Lage, als sie den unehelichen Kindern nicht entgegenkommen kann, ohne die auf die Ehe gegründete Familie zu gefährden, und die Integrität der Familie nicht zu schützen vermag, ohne das schuldlose Kind in Mitleidenschaft zu ziehen. Es bedarf also eines Kompromisses. Auf einem solchen beruhen auch die Vorschriften des Entwurfes Dasselbe ist aber dahin ausgefallen, daß dem Kinde nach der Mutterseite hin alles, nach der Vaterseite hin nichts gewährt wird. Diese Lösung des Konfliktes ist unbillig und mißt den Fehltritt der Mutter und die Schuld des Vaters mit allzu ungleichem Maß. Durch die volle Gleichstellung unehelicher und ehelicher Kinder hinsichtlich der Verwandtschaftsrechte und namentlich der Erbansprüche gegen alle mütterlichen Verwandten wird das Recht der legitimen Familie verletzt. Daß dagegen uneheliche Kinder nicht einmal gegen die

[1]) A. M. Zródłowski S. 38.

Eltern und Großeltern ihres Vaters einen subsidiären Unterhaltsanspruch und nicht einmal gegen ihren Vater ein subsidiäres Erbrecht empfangen sollen, widerspricht dem natürlichen Verhältnis der Blutsverwandtschaft. Man darf nicht der Familie alle Folgen des Fehltritts eines weiblichen Familiengliedes aufbürden, dagegen alle Folgen der Verfehlung eines männlichen Familiengliedes abnehmen. Vollends bei Brautkindern wird hierdurch das materielle Recht zu Gunsten einer glatten Regel gebeugt. Im Grunde steckt hierin ein Stück „Mutterrecht", das für unsere Kulturstufe nicht paßt, wenn es auch der Selbstsucht der Männer und den frivolen Anschauungen mancher Kreise zusagen mag [1]).

Daß der Entwurf eine „Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters" (II) anerkennt, bedarf keiner besonderen Rechtfertigung [2]). Die Zeiten der Schwärmerei für das römische und französische Prinzip des Ausschlusses der Vaterschaftsklage sind vorüber. Auch hat der Entwurf die richtige Auffassung des Unterhaltsanspruches als eines auf der Verwandtschaft beruhenden Rechtes durchgeführt. Wenn er jedoch hieraus die Folgerung zieht, daß nur das Kind durch seinen Vormund den Anspruch geltend machen, die Mutter im Prozeß lediglich als Zeugin auftreten kann (§ 1571 und Motive S. 875—877), so stellt er wieder um eines doktrinären Gesichtspunktes willen das natürliche Verhältnis auf den Kopf und befördert durch die künstliche Auseinanderreißung der Ansprüche des Kindes und der Ansprüche der Mutter die Vervielfältigung gehässiger Prozesse [3]). Den Beweis der Vaterschaft soll die Vollziehung des Beischlafes innerhalb der Empfängniszeit erbringen, jede Beischlafsvollziehung aber mit einem anderen innerhalb derselben Zeit unbedingt ausschließen (§ 1572). Daß die sogenannte „exceptio plurium concumbentium" ausnahmslos durchschlagen, dagegen keine nicht auf die Unsicherheit der Vaterschaft gegründete Einrede gehört werden soll, ist zu billigen [4]). Doch müßte einerseits hier wie bei der ehelichen

---

[1]) Sehr scharf äußert sich gegen das Abschneiden des Verwandtschaftsbandes zwischen Vater und Kind und die „schnöde" Begründung der Motive (S. 851) Klöppel S. 350, der ebenfalls für ein subsidiäres Erbrecht des unehelichen Kindes eintritt. Schärfer noch urteilt Menger S. 42 ff. Für das Erbrecht des Kindes vgl. auch Wilke, Gutachten S. 985—986.

[2]) Eine solche geben die Motive S. 868—873; auch Linckelmann S. 446 ff., Menger S. 46 ff.

[3]) Vgl. Bähr S. 547—548.

[4]) Gegen die Zulassung der exceptio plurium und für völlige Gleichstellung des Beweises außerehelicher und ehelicher Vaterschaft Klöppel S. 347—350, Weichsel a. a. O. und besonders Menger S. 52—60; der letztere verlangt sogar die Wiederherstellung der gesamtschuldnerischen Haftung mehrerer Beischläfer.

Vaterschaft der Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft trotz der Beischlafsvollziehung in der ja so überaus weit erstreckten Empfängniszeit offenbleiben. Andererseits müßte in Übereinstimmung mit dem geltenden preußischen Recht der Beweis der Vaterschaft durch ein ausdrückliches Anerkenntnis derselben in einer öffentlichen Urkunde ersetzt werden. Nach dem Entwurf kann der Vater trotz eines solchen Anerkenntnisses es noch nach Jahren stets auf einen Prozeß ankommen lassen, in welchem er freilich jene Urkunde als „Beweismittel" zu fürchten hat (Motive S. 893), jedoch z. B. durch Nachholung der exceptio plurium concumbentium sein Glück versuchen kann. In der preußischen Praxis erzielen die Vormundschaftsgerichte durch Vernehmung der ihnen benannten Väter zahlreiche öffentliche Anerkenntnisse, die einem Schwängerungsprozeß vorbeugen. Künftig dürfte sich ein gewissenhafter Vormund niemals mit einem solchen Anerkenntnis begnügen, müßte vielmehr stets zur Klage schreiten. Die Unterhaltspflicht selbst wird vom Entwurfe dem Vater ohne Rücksicht auf seine eigene Leistungsfähigkeit und auf die Bedürftigkeit des Kindes stets vor der Mutter und sonstigen Verwandten auferlegt (§ 1571), jedoch auf „notdürftigen" Unterhalt bis zur Zurücklegung des vierzehnten Lebensjahres eingeschränkt (§ 1572). Mit dem familienrechtlichen Wesen der väterlichen Verbindlichkeit stimmt dies wenig überein. Vielmehr ist die Sorge für das Kind an sich auch hier eine gemeinschaftliche Elternpflicht, der sich nur mit Rücksicht auf die abnormen Verhältnisse der Vater schon durch Zahlung eines Geldbeitrages entledigt; die Bemessung dieses Geldbeitrages aber muß auch hier nicht nach dem ohnehin sehr dehnbaren Gesichtspunkt des „notdürftigen" Unterhaltes, sondern nach dem Bedürfnis „standesgemäßer" Erhaltung und Erziehung erfolgen, wobei natürlich, da das uneheliche Kind in den Stand der Mutter tritt, der Stand der Mutter entscheidet; auch darf die Unterhaltspflicht des Vaters nicht mit der Vollendung des vierzehnten Lebensjahres wegfallen, sondern muß insoweit, als das Kind sich selbst zu unterhalten noch nicht oder etwa wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen überhaupt nicht im stande ist, fortbestehen oder von neuem wirksam werden[1]). Im übrigen stellt der Entwurf durch Verweisungen auf

[1]) Vgl. auch Linckelmann S. 466 ff. und zum Teil Bähr S. 548 bis 549. Poland zu § 1573 fordert wenigstens Alimentation bis zum vollendeten 16. Lebensjahr. Menger S. 61–69 schlägt vor: Zuerkennung der vollen Rechte eines ehelichen Kindes bei Notzucht und in ähnlichen Fällen; im übrigen Unterhaltspflicht nach Maßgabe des Einkommens; für den ledigen Vater, der bei der Erzeugung über 40 Jahre alt war, eine nach seinem eignen Stande bemessene Unterhaltspflicht.

frühere Paragraphen fest, daß auch dieser Unterhaltsanspruch die Kosten der Taufe, der Erziehung und der Beerdigung mit umfaßt, daß der Unterhalt hier stets in der Form einer Geldrente zu gewähren ist, daß auch hier Alimente für die Vergangenheit nicht gefordert werden können, daß hier ebenfalls beim Wechsel der Verhältnisse ein die zuerkannte Rente abänderndes Erkenntnis möglich ist und daß im Konkurse des Vaters der Unterhaltsanspruch für die Zukunft auch hier nicht geltend gemacht werden kann (§ 1574). Da man unmöglich der Mutter einen Ersatzanspruch wegen der bis zur Rechtshängigkeit der Klage des Kindes aufgewandten Kosten versagen kann (Motive S. 900), so wird schon mit Rücksicht hierauf meist ein doppelter Alimentenprozeß erforderlich werden. Abweichend von den sonstigen Unterhaltspflichten aus Verwandtschaft soll die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters auf den Erben desselben übergehen (§ 1575). Auch wird hier zweckmäßigerweise, während im übrigen auch hier eine Vorausleistung der Alimente nicht befreiend wirken soll, mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ein Vergleich über den Unterhaltsanspruch für die Zukunft, insbesondere also dessen Erledigung durch eine einmalige Abfindung zugelassen (§ 1576)[1].

Neben dem Anspruch des unehelichen Kindes wird ein in zwei Jahren verjährender Anspruch der Mutter auf Ersatz der Kindbettskosten (Kosten der Entbindung und des Unterhalts während sechs Wochen) „innerhalb der Grenzen der Notdurft" anerkannt (§§ 1577 bis 1578). Dagegen wird der bisher in fast ganz Deutschland geltende sogenannte „Deflorationsanspruch" stillschweigend beseitigt (Motive S. 912—916). Dem verführten unbescholtenen Mädchen wird jeder Ersatzanspruch gegen den Verführer versagt; ja nicht einmal der geschwängerten und dann verlassenen Braut wird irgend ein Ausstattungs- oder Abfindungsanspruch gegen den Bräutigam eingeräumt. Nur in den Fällen, in denen der Mann durch Vollziehung des Beischlafes eine nach den §§ 176, 177, 179 oder 182 des Strafgesetzbuches strafbare Handlung begangen hat, kann nach den oben (S. 196 u. 270) bereits erwähnten Vorschriften der Richter dem gekränkten Weibe eine billige Geldentschädigung zuerkennen. Wir glauben, daß der Entwurf hier wie so oft sich gegen das gesunde Rechtsgefühl des deutschen Volkes auflehnt. Die Motive behaupten vor allem, daß der Deflorationsanspruch aus „allgemeinen Grundsätzen" sich nicht herleiten lasse. Allein abgesehen

[1] Gegen die Zulassung derartiger Vergleiche eifert Menger S. 66. Freilich haben sie ihr Bedenkliches; doch dürfte das Erfordernis der obervormundschaftlichen Genehmigung ausreichen, um Mißbrauch zu verhüten.

davon, daß sie genau die gleiche Behauptung für den trotzdem aufgenommenen Anspruch auf Ersatz der Kindbettskosten aufstellen (S. 907), operieren sie mit doktrinären und formalistischen Erwägungen, welche vor der Wirklichkeit nicht zu bestehen vermögen. Sie berufen sich auf die frühere Bestimmung des Entwurfes, daß der Anspruch auf Schadenersatz durch die Einwilligung in die beschädigende Handlung ausgeschlossen wird. Auch bleibe trotz aller Verführungskünste die Gestattung des Beischlafes selbst eine unsittliche Handlung, die nicht Quelle von Rechten werden könne. Mit dieser formalen Gleichstellung beider Geschlechter wird denn doch das natürliche Verhältnis auf den Kopf gestellt. Dabei ist mit keinem Worte davon die Rede, daß die Folgen des gemeinschaftlichen Fehltritts für den Mann und für das bisher unbescholtene Mädchen sich in keiner Weise miteinander vergleichen lassen. Noch auch davon, daß ja Fälle in Frage stehen, in denen der Mann die allein ausreichende und von strenger Sittlichkeit geforderte Sühne seiner Schuld durch Eheschließung weigert, während das Mädchen zur Ehe bereit ist. Wenn die Motive meinen, das geltende gemeine Gewohnheitsrecht sei aus einer Abschwächung des kanonischen Rechtes entstanden, dessen Satz „duc et dota“ durch die Praxis in den Satz „duc aut dota“ umgewandelt sei, so ist nicht abzusehen, wie ein derartiger Ursprung das Institut diskreditieren soll. Denn die Behauptung, daß mit dem stuprum „erhebliche, durch das ganze Leben sich hinziehende Nachteile“ nicht mehr verbunden seien, steht doch glücklicherweise auf sehr schwachen Füßen. Unbegreiflich ist die fernere Aufstellung, daß heute die Zulassung der Deflorationsklage nur dazu diene, „die Unsittlichkeit zu befördern“. Hierbei liegen dieselben sophistischen Argumente zu Grunde, welche so oft schon gegen die Vaterschaftsklage ins Feld geführt und in dieser Richtung von den Motiven selbst widerlegt sind. Wollte man selbst annehmen, daß die Hoffnung auf Entschädigung den Widerstand gegen Verführung schwächt, so würde doch dafür umgekehrt in mindestens gleichem Maße der Trieb zur Verführung gezügelt. Was die Motive über die Schwierigkeiten einer festen Abgrenzung der Begriffe „Verführung“ und „Unbescholtenheit“ hinzufügen, wird man nur als eine Verlegenheitsausrede betrachten dürfen, wie sie fast jedem Rechtsinstitut entgegengehalten werden kann. Wenn aber endlich die Motive auch das Eheversprechen des Verführers oder den förmlichen Brautstand für gleichgültig erklären und hierfür namentlich anführen, daß ja der Entwurf das Verlöbnis als „unverbindlich“ behandle, so ist hiermit der Gipfel der Unbilligkeit erreicht. Hinter allen diesen schillernden Deduktionen birgt sich in leichter Verhüllung eine des deutschen Gesetzbuches unwürdige Konnivenz gegen

den Egoismus des männlichen Geschlechtes und die laxe Moral gewisser Gesellschaftsschichten [1]).

Der sechste Titel beschäftigt sich mit der „Legitimation unehelicher Kinder" und regelt zunächst die „Legitimation durch nachfolgende Ehe" (I) im Anschluß an das in Deutschland vorherrschend geltende Recht (§§ 1579—1582). Daß der Eintritt der legitimierenden Wirkung der Ehe nicht durch Anerkennung der Vaterschaft bedingt sein soll, vielmehr auch der Beweis der Vaterschaft zugelassen wird, ist zu billigen; wenig angemessen dagegen ist es, daß der Anerkennung der Vaterschaft auch hier jede Feststellungskraft versagt wird [2]). Die Wirkung dieser Legitimationsart soll in dem Eintritt der vollen Rechtsstellung eines ehelichen Kindes vom Augenblick der Eheschließung an bestehen. Doch bleiben abweichende Vorschriften des Landesrechtes über die Succession der Mantelkinder in Lehen, Fideikommisse, Stammgüter und Bauerngüter sowie die Grundsätze des Privatfürstenrechtes und die Bestimmungen über den Erwerb des Adels unberührt (Motive S. 923).

Daneben behält der Entwurf die legitimatio per rescriptum principis als „Legitimation durch Ehelichkeitserklärung" (II) im Sinne einer minder vollwirksamen Legitimationsart bei. Die Ehelichkeitserklärung erfolgt durch das landesgesetzlich hierzu berufene Organ des Staates, dem der Vater angehört, und kann als Gnadensache frei versagt werden (§§ 1583—1584 und 1592). Sie ist ausgeschlossen bei den in Blutschande (nicht aber bei den in Ehebruch) erzeugten Kindern (§ 1586). Dagegen wird sie nicht, wie doch wohl vorzuziehen wäre, auf die Fälle beschränkt, in denen eine Legitimation durch nachfolgende

---

[1]) Vgl. auch Bähr S. 549—550, insbesondere aber Menger S. 44—45, 60, 63—65, 68—69. Letzterer verlangt: Zuerkennung der Rechte einer unschuldig geschiedenen Ehefrau (bei Ehehindernis wenigstens der Vermögensrechte) in Fällen der Notzucht und ähnlichen Fällen; Abfindungspflicht bei Verführung einer unbescholtenen Frauensperson; Kindbettskostenpflicht auf Grund jedes Beischlafes in der Empfängniszeit; Recht der Schwangeren, nach Bescheinigung des Beischlafes schon während der Schwangerschaft durch einstweilige Verfügung die Zahlung von Entbindungskosten und Unterhaltsbeitrag für drei Monate sofort nach der Geburt zu sichern.

[2]) Vgl. Bähr S. 550—551. Mindestens bis zur Erbringung des Gegenbeweises müßte die Anerkennung der Vaterschaft ausreichen. Bedenklich ist andrerseits die unbedingte Ausschließung des Gegenbeweises, falls die Beischlafsvollziehung in der Empfängniszeit feststeht. Mit Recht fragt Bähr, ob dies auch gelten soll, wenn schon die Vaterschaft eines anderen rechtskräftig festgestellt ist.

Ehe unmöglich ist. Auch steht ihr das Vorhandensein ehelicher Kinder nicht entgegen. Wesentliche Erfordernisse sind ein das Bekenntnis der Vaterschaft enthaltender Antrag des Vaters und die Einwilligung des Kindes sowie überdies, falls der Vater verheiratet ist, die Einwilligung der Ehefrau desselben; Antrag und Einwilligung können mit Ausnahme der Einwilligung eines Kindes unter vierzehn Jahren, die der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilen kann, nur persönlich erteilt werden, bedürfen aber mit Ausnahme der Einwilligung der Ehefrau bei beschränkt geschäftsfähigen Personen der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes[1]); sie fordern gerichtliche oder notarielle Form (§§ 1585 und 1587—1591). Die Einwilligung der Mutter des Kindes ist nicht erforderlich. Dies ist um so bedenklicher, als zwar im übrigen der Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses die Ehelichkeitserklärung unwirksam machen, der Umstand aber, daß der angegebene Vater „nicht der wirkliche Vater des Kindes ist", die Unwirksamkeit nicht zur Folge haben soll (§ 1593). Die Behörden würden daher bei der Prüfung der Vaterschaftsfrage mit großer Vorsicht zu Werke gehen müssen, wenn die Gefahr vermieden werden soll, daß einer Mutter ihr Kind durch einen sich aufdrängenden Pseudovater genommen wird. Unwirksam soll eine bedingte oder betagte Ehelichkeitserklärung und eine erst nach dem Tode des Vaters oder des Kindes erfolgte Ehelichkeitserklärung sein (§§ 1594—1595). Die Wirkungen dieser Legitimationsart beschränken sich auf die Begründung der aus ehelicher Abstammung entspringenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Vater einerseits und dem Kinde und dessen Abkömmlingen andererseits; dagegen tritt für das Kind und dessen Abkömmlinge weder eine Verwandtschaft mit den Verwandten des Vaters noch eine Verschwägerung mit der Ehefrau desselben, ja selbst für den Ehegatten des Kindes oder eines Abkömmlings desselben keine Verschwägerung mit dem Vater ein (§ 1596). Pflicht und Recht der Mutter, für die Person des Kindes zu sorgen, fallen mit der Ehelichkeitserklärung endgültig weg (§ 1597). Trotzdem bleibt ihre und ihrer Verwandten Unterhaltspflicht dem Kinde und dessen Abkömmlingen gegenüber bestehen und rückt nur hinter die Unterhaltspflicht des Vaters (§ 1598). Wenn also z. B. der für den ehelichen Vater des der Mutter wider ihren Willen abgenommenen Kindes erklärte Mann verarmt und ins Zuchthaus kommt oder mittellos stirbt, so bekommt die Mutter ihr Kind nicht zurück, muß aber eine Geldrente für dasselbe

---

[1]) Über mißliche Folgen dieser kasuistischen Vorschriften vgl. oben S. 60.

zahlen. Heiratet der Vater, während er die elterliche Gewalt über das legitimierte Kind hat, so hat er die einem wiederheiratenden Witwer obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen (§ 1599). Hinsichtlich der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der einer Ehelichkeitserklärung zu Grunde liegenden Willenserklärungen gelten die gewöhnlichen Regeln; nur werden die Vorschriften über die persönlichen und formellen Erfordernisse von Antrag und Einwilligung auf die Anfechtung und auf die Genehmigung der anfechtbaren Erklärung übertragen (§ 1600).

Sehr ausführlich regelt der Entwurf im siebenten Titel die „Annahme an Kindes Statt"[1]). Er kennt nur eine einzige Art der Adoption, die er in Übereinstimmung mit der in Deutschland erfolgten Umbildung des römischen Instituts als einen auf Begründung des Eltern- und Kindesverhältnisses gerichteten familienrechtlichen Vertrag ausgestaltet (§ 1601). Ohne dem Anwendungsgebiet dieser künstlichen Verwandtschaft so enge Grenzen zu ziehen, wie das französische und badische Recht, führt er doch den Gedanken durch, daß dieselbe nur zum Ersatze mangelnder leiblicher Nachkommenschaft bestimmt und diesem Zwecke gemäß einzuschränken ist. Er versagt daher demjenigen, der einen leiblichen ehelichen Abkömmling hat, schlechthin und ohne Zulassung einer Dispensation die Annahme eines Wahlkindes (§ 1602)[2]). Auch verlangt er die Zurücklegung des fünfzigsten Lebensjahres und einen Altersunterschied von achtzehn Jahren, läßt aber in beiderlei Hinsicht staatliche Dispensation zu (§§ 1603—1605)[3]). Gewiß ist diese Einschränkung des bei uns immer nur halb eingebürgerten Instituts vollkommen gerechtfertigt. Allein wenn der Entwurf auf deutsche Sitten und Anschauungen Rücksicht nehmen wollte, so durfte er das im Leben so überaus häufig statt der Adoption oder bis zu dem Zeitpunkt der Zulässigkeit der Adoption eintretende Verhältnis der Pflegekindschaft nicht völlig übergehen und damit jeder familienrechtlichen Wirkung entkleiden. Mögen auch die Bestimmungen des Preußischen Landrechts über Pflegekinder an erheblichen Mängeln leiden, so liegt ihnen doch ein gesunder Gedanke zu Grunde, den die Betrachtungen der Motive mit ihrer Verweisung auf „obligatorische Verträge" (S. 954) nicht aus der Welt schaffen. Ein Gesetzbuch, welches dem Wesen der deutschen Hausgemeinschaft gerecht würde, müßte allerdings das Verhältnis zwischen Pflegeeltern und Pflegekindern in die Sphäre des Familienrechts erheben. — Der die Wahlkindschaft begrün-

[1]) Zu ausführlich, meint Zróbłowski S. 50.

[2]) Zulassung von Dispensationen wünscht Poland zu § 1602.

[3]) Die Zulassung der Dispensation bei mangelndem Altersunterschiede mißbilligt Zróbłowski S. 50.

dende Vertrag soll „zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden" geschlossen werden (§ 1601 Abs. 2), jedoch erst mit der Bestätigung durch das zuständige Gericht, die indes nur bei dem Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses versagt werden darf, in Kraft treten (§§ 1617—1619). Will ein Ehegatte ein Kind annehmen, so bedarf er der Einwilligung des anderen Ehegatten (§ 1606). Daß ein kinderloses Ehepaar ein Kind auch als gemeinschaftliches Kind annehmen kann, erfahren wir, obwohl die Motive selbst darin den eigentlichen Normalfall erblicken, nur durch zwei Ausnahmesätze, welche die Unzulässigkeit der Adoption eines fremden Adoptivkindes vor Aufhebung des Adoptivverhältnisses und die Unzulässigkeit der Adoption desselben Kindes durch mehrere Personen zu Gunsten von Ehegatten beseitigen (§§ 1607—1608). Zur Annahme eines verheirateten Kindes ist zugleich die Einwilligung seines Ehegatten erforderlich (§ 1609). Endlich bedarf es, falls nicht das Wahlkind schon fünfundzwanzig Jahre alt oder sein Familienstand nicht zu ermitteln ist, bei einem ehelichen Kinde der Einwilligung des leiblichen Vaters und der leiblichen Mutter, bei einem unehelichen Kinde der Einwilligung der Mutter (§ 1610). Die „Einwilligung" wird in allen diesen Fällen durch die „Genehmigung" vor der Bestätigung des Vertrages ersetzt (§ 1611), während eine spätere Gutheißung die mangels der erforderten Einwilligung nichtige Adoption nicht gültig macht (Motive S. 966). Verstorbene und für tot erklärte Personen brauchen nicht einzuwilligen, so daß der Verschollene, welcher noch lebt, eine inzwischen ohne seine Einwilligung erfolgte Adoption nicht umstoßen kann (§ 1611). Alle diese Willenserklärungen müssen persönlich abgegeben werden, können daher seitens geschäftsunfähiger Personen überhaupt nicht erfolgen; nur für ein Kind unter vierzehn Jahren kann der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes den Annahmevertrag schließen; eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person bedarf zum Abschluß des Annahmevertrages der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters und der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, kann dagegen die Einwilligung oder Genehmigung zu einem fremden Annahmevertrage ohne Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters erklären, es sei denn, daß für sie damit der Verlust einer elterlichen Nutznießung verknüpft ist (§§ 1612 bis 1614)[1]). Unwirksam ist eine bedingte oder betagte Adoption (§ 1615). Der Annahmevertrag muß vor Gericht oder Notar geschlossen, die Einwilligung oder Genehmigung „in gerichtlicher oder notarieller Form

[1]) Über die künstliche Fassung dieser kasuistischen Vorschriften und die mißlichen praktischen Ergebnisse derselben vgl. oben S. 61.

erklärt und gegenüber dem einen oder anderen Vertragschließenden abgegeben werden" (§ 1616). Der erfolgte Vertragsschluß bindet schon vor der ihn in Wirksamkeit setzenden Bestätigung und büßt seine bindende Kraft erst mit der rechtskräftigen Versagung der Bestätigung ein (§ 1617); er wird jedoch durch den Tod eines Vertragsteiles vor der Bestätigung hinfällig (§ 1618). Die einmal erteilte Einwilligung ist unwiderruflich (§ 1616). — Die Wirkungen der Annahme an Kindes Statt erstrecken sich auch auf die Abkömmlinge des Wahlkindes, jedoch auf einen beim Vertragsschluß schon vorhandenen Abkömmling nur dann, wenn der Vertrag zugleich mit ihm geschlossen ist; die übrigen Verwandten des Wahlkindes treten zu den Wahleltern in kein Verwandtschaftsverhältnis, auch entsteht zwischen dem Ehegatten des Wahlkindes und den Wahleltern keine Verschwägerung; ebensowenig wird für das Wahlkind und dessen Abkömmlinge eine Verwandtschaft mit den Verwandten oder eine Schwägerschaft mit dem Ehegatten des Wahlvaters oder der Wahlmutter begründet (§ 1620). Die rechtliche Stellung „eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes beider Ehegatten" wird nicht nur durch beiderseitige Annahme an Kindes Statt, sondern auch durch einseitige Adoption eines leiblichen Kindes des anderen Ehegatten erlangt (§ 1621)[1]). Das Wahlkind erlangt den Familiennamen des Wahlvaters und bei einseitiger Annahme durch eine Frau den Familiennamen, jedoch bei einer verheirateten Frau stets den Mädchennamen der Wahlmutter, hat aber den neuen Namen unter Beifügung des bisherigen Familiennamens zu führen (§ 1622)[2]). Mit der künstlichen Elternschaft läßt der Entwurf auch die elterliche Gewalt in vollem Umfange entstehen; er verpflichtet nur den Annehmenden zur Einreichung eines Vermögensverzeichnisses und erweitert die Kontrollbefugnisse des Vormundschaftsgerichtes; im übrigen regelt er eine Reihe von Einzelheiten durch Verweisung auf „entsprechende Anwendung" früherer Paragraphen (§ 1623). Während dem Wahlkinde und dessen Abkömmlingen das volle Erbrecht eines leiblichen Kindes

[1]) Man muß die Ausführungen der Motive über die Folgen, welche entstanden wären, wenn der Entwurf gleich den bisherigen Gesetzbüchern über den letztgedachten Fall geschwiegen hätte, auf S. 980—981 lesen, um eine Vorstellung von dem vorausgesetzten Formalismus der künftigen Rechtsordnung zu empfangen.

[2]) Diese einer Abänderung im Einzelfall unfähigen Vorschriften legen in vielen Fällen den Beteiligten einen unerträglichen Zwang auf. Daß die Witwe unter keinen Umständen ihrem Wahlkinde ihren jetzigen Namen verschaffen kann, mag noch hingehen. Allein der Zwang zur Führung eines Doppelnamens wird häufig den Zweck der Annahme an Kindes Statt zur Hälfte vereiteln. Ganz ungehörig ist wieder die Übergehung der Folgen für den Stand und insbesondere für die Führung eines adligen Namens (Motive S. 983).

gegen die Wahleltern erwächst, soll für den Wahlvater und die Wahlmutter aus der Adoption ein Erbrecht überhaupt nicht entspringen (§ 1624). Irgend welche Ermäßigungen dieser durchgreifenden Regel nach der einen oder anderen Seite hin lehnt der Entwurf der „Einfachheit“ wegen ab; doch bleiben die landesrechtlichen Besonderheiten der Erbfolge in Lehen, Fideikommisse, Stammgüter und Bauerngüter unberührt (Motive S. 988). In der Stellung des Wahlkindes zu seiner natürlichen Familie soll durch die Annahme an Kindes Statt eine Änderung nicht hervorgebracht werden (§ 1625). Doch geht die elterliche Gewalt und die Sorge für die Person des Kindes den leiblichen Eltern endgültig verloren (§ 1626). Auch rückt die Unterhaltspflicht der Wahleltern vor die Unterhaltspflicht der leiblichen Verwandten (§ 1627 Abs. 2). Und bei der Anwendung der Vorschriften über die Unterhaltspflicht auf das Verhältnis zwischen Wahleltern und Wahlkind bleibt der Mangel eines Erbrechts oder Pflichtteilrechts der ersteren außer Betracht (§ 1627 Abs. 1). Durch den Annahmevertrag kann das Erbrecht oder Pflichtteilrecht des Wahlkindes und die elterliche Nutznießung der Wahleltern ausgeschlossen, im übrigen aber an den gesetzlichen Wirkungen der Annahme an Kindes Statt nichts geändert werden (§ 1628). — Eine Aufhebung der Wahlkindschaft kann durch einen Vertrag zwischen allen Beteiligten erfolgen, der im wesentlichen nach Analogie des Annahmevertrages gestaltet ist und gleich diesem der gerichtlichen Bestätigung bedarf (§ 1629). Hinsichtlich der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Annahmevertrages, des Aufhebungsvertrages und der Einwilligungs- oder Genehmigungserklärungen wird auf „entsprechende Anwendung“ der Vorschriften über Zulassung und Ausschließung der Vertretung bei den fraglichen Willenserklärungen verwiesen (§ 1630). Da der Entwurf die Adoptivverwandtschaft nur als aufschiebendes Ehehindernis behandelt, läßt er sie durch Eheschließung enden; im Falle der Ungültigkeit der Ehe tritt diese Wirkung nicht ein, doch soll, falls es sich nicht um eine wegen Formmangels nichtige Ehe handelt, die elterliche Gewalt aus der Annahme an Kindes Statt mit der Eheschließung verwirkt sein (§ 1631).

Schließlich bestimmt ein achter Titel hinsichtlich der „Feststellung familienrechtlicher Verhältnisse“, daß das bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig gewordene Urteil über Bestand oder Nichtbestand eines Eltern- oder Kindesverhältnisses oder einer elterlichen Gewalt für oder gegen alle wirkt, daß jedoch die Feststellung des Bestandes einem am Prozeß nicht beteiligten Dritten, der selbst Elternrecht für sich in Anspruch nimmt, nicht entgegensteht und der Rechtsstreit über die uneheliche Vaterschaft überhaupt nicht unter die bezeichnete Regel fällt

(§ 1632). Ein neuer § 627c der Civilprozeßordnung (E. G. S. 14) soll für die Durchführung des Offizialprinzips in einem derartigen Feststellungsprozeß sorgen.

Bei der im dritten Abschnitt des Familienrechts vollzogenen Ordnung der „Vormundschaft" waren dem Entwurfe die Wege, die er zu gehen hatte, in der Hauptsache gewiesen. Denn nachdem vor kurzem für die gesamte preußische Monarchie ein einheitliches Vormundschaftsrecht geschaffen ist, konnte er nicht wohl umhin, dasselbe seinerseits zu Grunde zu legen. Dies ist seinem Vormundschaftsrecht zu gute gekommen. Die preußische Vormundschaftsordnung hat trotz mancher Mißgriffe sich im ganzen bewährt; sie hat die in der deutschen Rechtsgeschichte angelegten Gedanken zeitgemäß fortgebildet und die Gegensätze der im Laufe des letzten Jahrhunderts entwickelten Systeme thunlichst ausgeglichen. Im einzelnen hat der Entwurf eine große Zahl von Abänderungen seines Vorbildes vorgenommen. Dieselben beruhen zum Teil auf dem Bestreben, das Vormundschaftsrecht mit dem neuen Gesamtaufbau des Privatrechts in Einklang zu setzen, und unterliegen insoweit den das Ganze dieser Rechtsordnung betreffenden Bedenken. Am wenigsten wird man die der Sprache und Fassung der übrigen Rechtsteile angepaßte formelle Umschmelzung des preußischen Gesetzes als Verbesserung preisen dürfen[1]). Zum Teil aber bringt der Entwurf wichtige sachliche Neuerungen, die entschieden als wohlthätige Reformen des preußischen Rechts zu begrüßen sind. Es fällt auf, daß auch die Motive zu diesem Abschnitt tiefer in die Probleme des wirklichen Lebens eindringen und gewissermaßen menschlicher reden, als dies durchschnittlich der Fall ist[2]).

Der Entwurf giebt zunächst eine vollständige Vormundschaftsordnung für den Hauptfall der Vormundschaft, die „Vormundschaft über Minderjährige" (Tit. 1). Er fügt dann ergänzende Bestimmungen für die „Vormundschaft über Großjährige" (Tit. 2) und für die „Pflegschaft" (Tit. 3) hinzu. Die „Pflegschaft" behandelt er trotz ihres Sondernamens nicht als ein von der Vormundschaft unterschiedenes Rechtsinstitut, sondern als eine Art der Vormundschaft. Sie wird im Gegensatz zu der allgemeinen Vormundschaft, welche technisch

[1]) Vgl. L. Goldschmidt S. 11 Anm. 3 und dazu die Beispiele auf S. 22, 52, 160, 174—177, 185, 186, 190 u. 195.

[2]) Eine Beurteilung der Vormundschaft des Entwurfes hat David, Gutachten S. 73—95 geliefert; im wesentlichen zustimmend, setzt sie sich vornehmlich zur Aufgabe, über den Untergang des rheinisch-französischen Vormundschaftsrechtes zu „trösten". Vgl. ferner Klöppel a. a. O. Bd. 33 S. 351—354; Menger S. 69—73.

allein „Vormundschaft“ heißt, als eine auf einzelne Angelegenheiten beschränkte Vormundschaft konstruiert. Doch soll die durch Teilung der Verwaltung unter mehrere Mitvormünder eintretende Specialvormundschaft trotz ihrer thatsächlichen Übereinstimmung mit einer „Pflegschaft“ dem Begriff der „Vormundschaft“ unterstellt werden (Motive S. 1045).

Die Vormundschaft des Entwurfes entbehrt zwar nicht gleich der des Preußischen Landrechts völlig der familienrechtlichen Elemente, erscheint jedoch überwiegend und in höherem Maße als die des geltenden preußischen Rechtes als öffentliches Amt. Sie wird ausnahmslos durch obrigkeitliche Bestellung übertragen und nicht nur an gesetzliche Schranken ihrer Wirksamkeit gebunden, sondern auch einer ständigen Aufsicht unterworfen. Das Prinzip der Selbständigkeit des Vormundes in seiner Sphäre wird zwar gewahrt: allein der preußischen Vormundschaftsordnung gegenüber wird durch Erweiterung der Fälle, in denen der Vormund der Genehmigung des Obervormundes oder des Gegenvormundes bedarf, durch Verstärkung der obervormundschaftlichen Aufsicht und namentlich durch einen ausgedehnten Zwang zur Hinterlegung von Wertpapieren und zur Umschreibung von Inhaberpapieren eine größere Sicherung des Mündelvermögens angestrebt. Dafür fallen alle gesetzlichen Pfandrechte oder Pfandtitel des Mündels weg und es kann auch eine besondere Sicherheitsleistung des Vormundes nur ausnahmsweise gefordert und auch dann nicht direkt erzwungen werden. Die Obervormundschaft weist der Entwurf den Gerichten zu. Dabei setzt er voraus, daß der Amtsrichter mit der Funktion des Vormundschaftsgerichtes betraut wird, überläßt jedoch die nähere Regelung der Zuständigkeit, des Verfahrens und der Beschwerden besonderen Gesetzen. Eine unterstützende Mitwirkung soll die Gemeinde durch das Organ des Gemeindewaisenrates ausüben. Der Familie sichert der Entwurf einen regelmäßigen Einfluß nur durch die Vorschrift, daß das Vormundschaftsgericht vor einer ihm zustehenden Entscheidung auf Antrag des Vormundes oder Gegenvormundes und in wichtigen Angelegenheiten von Amts wegen Verwandte oder Verschwägerte des Mündels, soweit dies thunlich ist, gutachtlich hören soll (§ 1678). Außerdem aber nimmt er nach dem Muster der preußischen Vormundschaftsordnung den Familienrat als fakultative Einrichtung auf. Endlich stellt er dem verwaltenden Vormund einen Gegenvormund zur Seite, dessen Bestellung er jedoch abweichend vom preußischen Recht nicht obligatorisch macht und dessen Wirkungskreis er in mehrfacher Hinsicht erweitert.

Auf dieser Grundlage regelt der Entwurf zunächst die „Anordnung der Vormundschaft“ über Minderjährige (I). Nach dem

bereits besprochenen System der elterlichen Gewalt tritt die Altersvormundschaft regelmäßig nur über Ganzwaisen und uneheliche Kinder, ausnahmsweise über andere Kinder ein (§ 1633). Von dem Grundsatz, daß die Vormundschaft vom Vormundschaftsgericht von Amts wegen angeordnet wird (§ 1634), soll es im gemeinen Recht eine Ausnahme nicht geben. Die in der preußischen Vormundschaftsordnung anerkannten Fälle einer gesetzlichen Vormundschaft der Eltern und des Vaters der unehelichen Mutter fallen weg (Motive S. 1035—1038)[1]), während die gesetzliche Vormundschaft des Anstaltsvorstandes innerhalb gewisser Grenzen landesgesetzlich festgehalten oder eingeführt werden kann (E. G. Art. 79). Der Entwurf kennt jedoch vier Berufungsgründe zur Vormundschaft, indem hintereinander der durch letztwillige Anordnung des Vaters oder der Mutter, sofern dieselben im Besitz der elterlichen Gewalt waren, benannte Vormund und der väterliche oder mütterliche Großvater einen Anspruch auf Bestellung haben; das Vormundschaftsgericht darf den so berufenen Vormund ohne dessen Zustimmung nur wegen Unfähigkeit, Verhinderung oder erheblicher Gefahr für das Interesse des Mündels übergehen; es darf jedoch bei der Anordnung einer Vormundschaft über eine minderjährige Frau den Ehemann allen anderen Personen und bei der Anordnung einer Vormundschaft über ein uneheliches Kind die Mutter dem Großvater vorziehen, ohne daß hiermit dem Ehemann oder der Mutter ein gesetzliches Anrecht auf die Vormundschaft verliehen wäre (§§ 1635—1637). In Ermangelung eines berufenen Vormundes hat das Vormundschaftsgericht den Vormund nach Anhörung des Gemeindewaisenrates frei zu wählen, hierbei jedoch „Verwandte oder Verschwägerte des Mündels zunächst zu berücksichtigen“ (§ 1638 Abs. 1). In der Regel soll für den Mündel und, wenn mehrere Geschwister zu bevormunden sind, für alle Mündel nur ein Vormund bestellt werden (§ 1638 Abs. 2). Zulässig ist die Bestellung mit einem Entlassungsvorbehalt (§ 1638 Abs. 3). Die Übernahme der vom Gericht übertragenen Vormundschaft wird jedem Deutschen als eine durch Ordnungsstrafen erzwingbare Verpflichtung auferlegt, deren Verletzung zugleich eine Schadenersatzverbindlichkeit gegen den Mündel begründet (§ 1639). Unfähig zur Vormundschaft macht beschränkte Geschäftsfähigkeit, Konkurs, Ehrverlust, weibliches Geschlecht und Ausschluß durch letztwillige Verfügung des Vaters oder der Mutter; die Unfähigkeit der Frauen, an der glücklicherweise trotz einer hiergegen gerichteten Petition des allgemeinen deutschen

[1]) Gegen diesen „letzten Schritt“ in der Beseitigung der gesetzlichen Vormundschaft vgl. Klöppel S. 352—353.

Frauenvereins festgehalten ist, kommt bei der Mutter, der Großmutter und der letztwillig berufenen Frau in Wegfall, doch bedarf die Ehefrau zur Übernahme einer Vormundschaft der Zustimmung ihres Ehemannes; bei Beamten oder Religionsdienern ist die landesgesetzlich vorgeschriebene Erlaubnis erforderlich (§§ 1640—1642). Abgesehen von der Nichtigkeit der Bestellung eines Geschäftsunfähigen soll das Vorhandensein eines Unfähigkeitsgrundes oder der Mangel der Zustimmung oder Erlaubnis auf die Gültigkeit einer trotzdem erfolgten Bestellung ohne Einfluß sein (§ 1646). Als Ablehnungsgründe erkennt der Entwurf weibliches Geschlecht, Zurücklegung des sechzigsten Lebensjahres, Besitz von fünf eignen minderjährigen Kindern, Krankheit oder Gebrechen, entfernten Wohnsitz, Verlangen von Sicherheitsleistung, Bestellung eines Mitvormundes und Führung von bereits zwei Vormundschaften oder Pflegschaften an (§§ 1643 bis 1644). Die Bestellung zum Vormunde erfolgt unter Verpflichtung mittels Handschlages an Eides Statt und unter Ausfertigung einer Bestallung (§ 1645). Neben dem Vormunde kann ein Gegenvormund bestellt werden; die Bestellung eines solchen soll erfolgen, wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung verbunden und diese nicht unerheblich oder mehreren Vormündern gemeinschaftlich übertragen ist; bei geteilter Verwaltung mehrerer Vormünder kann ein Vormund Gegenvormund des anderen sein (§ 1647).

Was die „Führung der Vormundschaft" (II) betrifft, so weist der Entwurf dem Vormunde „die Pflicht und das Recht der Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels" einschließlich der „gesetzlichen Vertretung" zu, soweit nicht für bestimmte Angelegenheiten eine Pflegschaft besteht (§§ 1648—1650). Die Vertretungsmacht des Vormundes läßt er jedoch in genau specialisierten Fällen der Interessenkollision wegfallen (§ 1651). Mehrere Vormünder sind gemeinschaftlich berufen, soweit nicht durch Anordnung des Vormundschaftsgerichtes die Führung der Vormundschaft nach selbständigen Wirkungskreisen geteilt ist; bei Meinungsverschiedenheiten in einer gemeinschaftlichen Sphäre entscheidet das Vormundschaftsgericht; Anordnungen des Vaters oder der Mutter bei der letztwilligen Berufung mehrerer Vormünder über die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten oder die Verteilung der Geschäfte sind insoweit zu befolgen, als dadurch nicht der Mündel erheblich gefährdet wird (§§ 1652—1653). Der Wirkungskreis des Gegenvormundes wird im Sinne einer Kontrollfunktion begrenzt, jedoch abweichend vom preußischen Recht nicht auf die Sorge für das Vermögen eingeschränkt (§ 1654). Die Sorge des Vormundes für die Person des Mündels wird durch Verweisungen in Ansehung der Erziehungs- und Aufsichtsgewalt der elterlichen

Gewalt gleichgestellt; zu dem Antrage des Vormundes auf Entlassung des Mündels aus dem Staatsverbande bedarf es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, das vorher Verwandte oder Verschwägerte des Mündels und, falls der Mündel achtzehn Jahre vollendet hat, diesen selbst hören soll; hinsichtlich des religiösen Bekenntnisses, in dem der Mündel zu erziehen ist, wird auch hier auf das Landesrecht verwiesen (§§ 1655—1658). Mit der Sorge für das Vermögen liegt dem Vormunde die Aufnahme und Einrichtung eines Vermögensverzeichnisses ob, wobei der Gegenvormund zuzuziehen ist und die Hülfe eines öffentlichen Beamten angewandt werden kann (§ 1659). Bei der Vermögensverwaltung sind Anordnungen eines Dritten betreffs der von ihm zugewandten Gegenstände zu befolgen; beruhen die Anordnungen auf der Verfügung eines Verstorbenen, so kann das Vormundschaftsgericht wegen erheblicher Gefährdung des Mündels Abweichungen gestatten (§ 1660). Schenkungen aus dem Mündelvermögen sind nichtig, soweit sie nicht eine sittliche Pflicht oder der Anstand gebietet (§ 1661). Der Vormund darf, wie ihm durch eine hier selbstverständliche, bei der Übertragung auf Vater und Mutter dagegen unpassende besondere Vorschrift eingeschärft wird, „Vermögensgegenstände des Mündels nicht in eignem Nutzen verwenden" (§ 1662). Ein Erwerbsgeschäft soll er ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes für den Mündel weder begründen noch auflösen (§ 1663). Eingehend regelt der Entwurf die Pflicht des Vormundes zur zinsbaren Anlage entbehrlicher Mündelgelder und die als pupillarisch sicher zulässigen Anlageformen, sowie die teils bei der Belegung und teils für die Erhebung der Gelder vorgesehene Mitwirkung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichtes (§§ 1664—1668); derartige Bestimmungen sind natürlich hier ebenso angebracht, wie ihre Übertragung auf den Vater unangemessen ist; auch sind die freilich nicht durchweg glücklich gefaßten (vgl. z. B. § 1666) und einzelnes Selbstverständliche breit ausführenden (vgl. § 1668) Vorschriften des Entwurfes im ganzen als zweckmäßig anzusehen[1]), zumal dem Vormundschaftsgericht die nötige Ermächtigung zur Gestattung einer anderen Art der Anlage erteilt wird (§ 1667). Durch eine sehr schwerfällige und undurchsichtige Bestimmung (§ 1669) wird sodann ein Kreis von Rechtsgeschäften abgesteckt, zu deren Vornahme die Genehmigung des Gegenvormundes, die jedoch durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden kann, erforderlich

---

[1]) Vgl. das kompetente Urteil von Koch, Heft 4 der Beiträge S. 51. Koch erklärt nur die Behandlung der Anlage bei einer Sparkasse als einer ebenbürtigen Form dauernder Anlage für bedenklich.

ist und ausreicht, während es in Ermangelung eines Gegenvormundes der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes und nur im Falle einer gemeinschaftlichen Verwaltung mehrerer Vormünder überhaupt keiner Mitwirkung eines Aufsichtsorganes bedarf. Der Entwurf stellt hierher jede Verfügung über einen „Anspruch" des Mündels durch dessen „Veräußerung oder Belastung" oder durch ein zu einer solchen Veräußerung oder Belastung verpflichtendes Geschäft, soweit nicht dazu nach späteren Vorschriften unbedingt die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich ist. Als „Ansprüche" sollen dabei auch „Hypotheken, Grundschulden und Wertpapiere" (!) gelten. Unter den Begriff der „Veräußerung" soll hier wie sonst auch die Annahme einer dem Mündel geschuldeten Leistung fallen. Doch werden gewisse Leistungsannahmen ausgenommen und also dem Vormund freigegeben. Zunächst die Annahme einer Leistung, „deren Gegenstand nicht in Geld oder Wertpapieren besteht". Sodann jede Annahme, bei welcher „durch die Leistung ein zu den Nutzungen des Vermögens des Mündels gehörender oder durch die Veräußerung solcher Nutzungen begründeter Anspruch . . . erfüllt wird". Weiter die Erhebung von Geldern, welche nach Maßgabe des § 1668 vorübergehend, d. h. eben „in der Weise, daß zu einer Erhebung die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichtes nicht erforderlich ist" (!), belegt sind. Endlich die Erfüllungsannahme bei allen „anderen Ansprüchen", „wenn der Gegenstand des Anspruchs den Betrag von 300 Mark nicht übersteigt", jedoch mit der wiederum doch wohl selbstverständlichen Unterausnahme der Erhebung solcher Gelder, welche „mit der im § 1666 Abs. 2 bezeichneten Bestimmung", d. h. eben mit der Bestimmung, „daß zur Erhebung der Gelder die Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts erforderlich sei" (!), angelegt sind. Vollkommen frei bleibt die Kündigung und Einklagung von Forderungen des Mündels. Ebenso aber wird die Veräußerung oder Verpfändung beweglicher Sachen des Mündels mit Einschluß der Kostbarkeiten dem Vormunde, der doch die kleinste Forderung nicht ohne Mitwirkung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts abtreten kann, schlechthin anheimgegeben. Ob ein Vormund oder ein mit demselben verkehrender Dritter diesen Sinn aus den verwickelten Sätzen des § 1669 jemals richtig herauslesen wird, ist mehr als fraglich. Auch sachlich aber ist das Ergebnis wenig befriedigend. Eine wichtige und zweckmäßige Neuerung gegenüber der preußischen Vormundschaftsordnung ist es, daß der Entwurf den Vormund zur Hinterlegung oder Umschreibung aller Inhaberpapiere des Mündels mit Ausnahme der Zinsscheine, Rentencoupons, Gewinnanteilsscheine und Erneuerungsscheine verpflichten will; die

Hinterlegung soll bei der Reichsbank oder einer anderen landesgesetzlich für geeignet erklärten Stelle mit der Bestimmung stattfinden, daß zur Erhebung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich sei; ebenso soll bei der Umschreibung der Inhaberpapiere auf den Namen des Mündels die Bestimmung hinzugefügt werden, daß die Ersetzung der umgeschriebenen Papiere durch Inhaberpapiere und deren Erhebung nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes stattfinden könne; das Vormundschaftsgericht wird ermächtigt, den Vormund von dieser Verpflichtung zu entbinden, aber auch den Hinterlegungszwang auf andere Wertpapiere „mit Einschluß der Hypothekenbriefe und Grundschuldbriefe" und auf Kostbarkeiten zu erstrecken (§ 1670)[1]. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist dann, solange die Hinterlegung oder Umschreibung besteht, auch zu rechtsgeschäftlichen Verfügungen über den hinterlegten Gegenstand oder die umgeschriebene Forderung erforderlich (§ 1671). Durch eine doch wohl als selbstverständlich überflüssige Bestimmung wird der Vormund insoweit, als er zur Hinterlegung oder Umschreibung nicht verpflichtet ist, zu einer solchen gleichwohl für berechtigt erklärt und hierbei von den Beschränkungen der §§ 1670—1671 entbunden (§ 1672). Auch werden durch eine ebenfalls selbstverständliche Vorschrift die Kosten der Hinterlegung oder Umschreibung dem Mündel zur Last gelegt (§ 1673). Unter 14 Nummern zählt dann der Entwurf in § 1674 Rechtsgeschäfte auf, zu denen es grundsätzlich einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf: Veräußerung oder Belastung von Grundstücken und Rechten an Grundstücken (außer Hypotheken und Grundschulden), von Immobiliaransprüchen und des Vermögens im ganzen; Erbschaftsauseinandersetzung; entgeltlicher Erwerb von Immobiliarrechten; Mietsverträge, Pachtverträge und andere zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtende Verträge, sofern das Verhältnis länger als ein Jahr nach der Volljährigkeit fortdauern soll; Pachtverträge über ein Landgut oder einen gewerblichen Betrieb; Vergleiche oder Schiedsverträge mit unschätzbarem oder den Betrag von 300 Mark übersteigendem Objekt; Eingehung von Verbindlichkeiten aus Inhaberpapieren, Wechseln oder andern Orderpapieren; Aufnahme von Geld auf den Kredit des Mündels; Übernahme einer fremden Verbindlichkeit; Erteilung einer Prokura; Aufgabe oder Minderung einer Sicherheit; entgeltlicher Erwerb oder Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts und Vergesellschaftung zum Betriebe eines solchen. Dieser Katalog ist nicht er-

[1] Vgl. Koch S. 52—53, der darauf hinweist, daß den Inhaberpapieren die in blanco indossablen Namenpapiere gleichgestellt werden müßten und daß bei den Nebenpapieren nicht die Nichthinterlegung, sondern die Hinterlegung ohne Verfügungsbeschränkung angemessen ist.

schöpfend, wird vielmehr durch zahlreiche zerstreute Vorschriften über andere Fälle, in denen es einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf, ergänzt (Motive S. 1136). Im Bedürfnisfalle, namentlich wegen Betriebes eines Erwerbsgeschäftes, kann das Vormundschaftsgericht zur Vornahme gewisser Geschäfte eine allgemeine Ermächtigung erteilen (§ 1675). Keiner Genehmigung bedarf der Vormund zu dem Antrage auf Verkauf eines gemeinschaftlichen Gegenstandes behufs Aufhebung einer Gemeinschaft, die ja nach der Ansicht des Entwurfes hiermit nur ihrem „natürlichen Entwicklungsgange" gerecht wird (Motive S. 1149), sowie zur Veräußerung im Zwangsvollstreckungsverfahren (§ 1676). Ganz unbeschränkt ist er ferner hinsichtlich der Prozeßführung (Motive S. 1146). Dagegen kann er Gegenstände, die er nicht veräußern kann, auch nicht dem Mündel zur Erfüllung eingegangener Verpflichtungen oder zu freier Verfügung wirksam überlassen (§ 1677). Unter gewissen Voraussetzungen soll, wie schon erwähnt ist, das Vormundschaftsgericht Verwandte und Verschwägerte des Mündels zu Rate ziehen; immer soll es den Gegenvormund und vor den wichtigsten Entscheidungen auch den über 18 Jahre alten Mündel hören (§§ 1678—1680). In Ermangelung der erforderlichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes ist das einseitige Rechtsgeschäft nichtig, der Vertrag zwar „gültig", aber in seiner „Wirksamkeit" von „nachträglicher" Genehmigung abhängig; die vorgängige Genehmigung kann nur dem Vormunde gegenüber wirksam erteilt werden; die nachträgliche Genehmigung oder deren Verweigerung wird nur durch die Mitteilung des Vormundes dem anderen Kontrahenten gegenüber wirksam; inzwischen steht dem Vormunde der Rücktritt offen, während der andere Vertragschließende erst nach vergeblicher Aufforderung des Vormundes zur Beibringung der Genehmigung binnen zwei Wochen zurücktreten kann (§§ 1681—1682)[1].

Die „allgemeine Fürsorge und Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes" (III) äußert sich in der Anordnung einstweiliger Maßregeln bis zur Bestellung und bei der Verhinderung des Vormundes (§ 1683) und in der ständigen Aufsicht über die gesamte Thätigkeit des Vormundes und des Gegenvormundes (§ 1684). Bedenklich ist es, daß der Entwurf dem Vormundschaftsgericht die Befugnis erteilen will, auch gegen den Willen des Vormundes jederzeit ohne besondere Gründe die Unterbringung des Mündels in einer geeigneten Familie oder einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt anzuordnen

[1]) Die Fassung des § 1681 ist wenig glücklich; das „gültige", aber „unwirksame" Rechtsgeschäft, das dann von einem bestimmten Zeitpunkt an „nicht mehr wirksam werden kann", bringt eine Reihe von Dunkelheiten hinein.

(§ 1685); die preußische Vormundschaftsordnung geht nicht soweit. Daß das Vormundschaftsgericht vom Vormund stets Auskunft über die Person wie das Vermögen des Mündels verlangen kann (§ 1686), folgt aus dem Begriff der Aufsicht. Der Vormund soll jährlich oder bei geringer Vermögensverwaltung kraft besonderer Gestattung für einen längeren Zeitraum bis zu drei Jahren gehörig Rechnung legen, das Vormundschaftsgericht die Rechnung prüfen und deren Berichtigung und Ergänzung herbeiführen; unerledigte Ansprüche des Mündels sind zum Prozeß zu verweisen, der schon während bestehender Vormundschaft geführt werden kann (§§ 1687—1688). „Unter besonderen Umständen" kann das Vormundschaftsgericht den Vormund verpflichten, dem Mündel Sicherheit zu leisten (§ 1689); doch kann, wie schon erwähnt ist, der Vormund eine so beschwerte Vormundschaft ablehnen[1]).

Der Entwurf kennt eine „befreite Vormundschaft" (IV), jedoch abweichend von der preußischen Vormundschaftsordnung keine gesetzlich befreite Vormundschaft (bei Eltern, Großeltern oder Ehegatten), sondern lediglich eine Befreiung kraft Anordnung der Eltern oder eines Dritten. Der Vater und die Mutter können den von ihnen ernannten Vormund durch letztwillige Anordnung allgemein von der gegenvormundschaftlichen Kontrolle, von der Pflicht zur Rechnungslage (an deren Stelle dann die Einreichung bloßer Vermögensübersichten tritt), von dem Hinterlegungs- und Umschreibungszwange und von der Pflicht zur Sicherheitsleistung befreien (§§ 1690—1693). Doch kann das Vormundschaftsgericht solche Anordnungen wegen erheblicher Gefährdung des Interesses des Mündels ganz oder teilweise außer Kraft setzen (§ 1694). In derselben Weise kann jeder, welcher dem Mündel eine Vermögenszuwendung macht und letztwillig oder bei der Zuwendung zur Verwaltung dieses Vermögens einen besonderen Pfleger beruft, zugleich Befreiungen dieses Pflegers anordnen (§ 1745). Außerdem wird das Verbot der

---

[1]) Menger S. 69—73 wirft dem Entwurfe auch hier vor, daß er mit aller seiner Strenge gegen Eltern und Vormünder doch nur für Vermögensinteressen ausreichend sorge und somit das Vormundschaftsgericht nur zum Schutze der reichen Mündel mit der nötigen Machtvollkommenheit ausrüste. Unausführbar jedoch und jedenfalls nutzlos dürfte die von ihm vorgeschlagene scharfe Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes über die Verwertung der Arbeitskraft aller Minderjährigen sein. Die Befugnis der Eltern und Vormünder, ein für allemal die Eingehung von Dienst- und Arbeitsverträgen zu gestatten (§ 68), soll wegfallen und wie bei dem Betriebe eines Erwerbsgeschäftes (§ 61) die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich sein. Woher aber soll das Gericht die Mittel „individueller Kontrolle" nehmen? Es würde schwerlich mehr thun als Formulare ausfüllen!

Offenlegung des Vermögensverzeichnisses durch denjenigen, welcher das fragliche Vermögen als Erblasser oder unter Lebenden dem Mündel zugewandt hat, als bindend anerkannt; das Vormundschaftsgericht hat dann das Verzeichnis zu versiegeln und darf von dessen Inhalt, falls der Zuwendende verstorben ist, nur aus besonderen Gründen nach Anhörung des Vormundes, sonst nur mit Zustimmung des Zuwendenden Kenntnis nehmen; zugleich ist der Vormund nicht bloß von der Rechnungslage, sondern auch von der Einreichung von Vermögensübersichten befreit (§ 1695).

Hinsichtlich der „Verbindlichkeiten zwischen Vormund und Mündel und der Haftung des Vormundschaftsrichters" (V) legt der Entwurf zunächst dem Vormunde und dem Gegenvormunde eine Haftung für die Amtsführung mit der „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" unter gesamtschuldnerischer Verpflichtung mehrerer Schuldiger auf (§ 1696). Speciell regelt er die Verzinsungspflicht des Vormundes bei Verzögerung der Anlegung von Geldern und bei Verwendung von Mündelvermögen in den eignen Nutzen (§ 1697). Dem Vormunde gewährt er Ersatzansprüche wegen Aufwendungen nach den Regeln des Mandates (§ 1698) und in Ausnahmefällen ein vom Vormundschaftsgericht zu bewilligendes angemessenes Honorar (§ 1699)[1]. Nach Beendigung des Amtes hat der Vormund dem Mündel das Vermögen herauszugeben und über dessen Verwaltung eine ordnungsmäßige Rechnung zu legen, bei deren Abnahme das Vormundschaftsgericht mitzuwirken und insbesondere ein erfolgtes Anerkenntnis zu beurkunden hat (§§ 1700—1701). Bezüglich der Haftung des Vormundschaftsrichters gegenüber dem Mündel verweist der Entwurf auf § 736 Abs. 1—2, so daß auch hier nach dem Vorbehalte des Einführungsgesetzes (Art. 55) das Landesgesetz die gemeinrechtlich prinzipale Haftung im Falle fahrlässiger Verletzung der Amtspflicht in eine bloß subsidiäre Haftung abschwächen kann (§ 1702). Wenn zugleich auch hier dem Landesrecht die souveräne Entscheidung über die Frage der Haftung des Staates selbst überlassen wird, so ist dies durchaus ungehörig. Mindestens zu Gunsten der Mündel müßte das Gesetzbuch die Haftung des Staates für seine Aufsichtsorgane zu gemeinem Recht erheben.

Die „Beendigung der Vormundschaft" (VI) läßt der Entwurf, von der selbstverständlichen Beendigung durch Tod und Volljährigkeit des Mündels abgesehen, durch Todeserklärung des Mündels

[1] Abweichend vom preußischen Recht kann unter besonderen Umständen auch dem Gegenvormunde ein Honorar zugebilligt werden.

und durch Eintritt oder Wiedereintritt der vollen elterlichen Gewalt über den Mündel erfolgen (§ 1703). Das Amt des Vormundes soll durch dessen Tod oder Todeserklärung, durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit desselben und durch Entlassung seitens des Vormundschaftsgerichtes erlöschen (§ 1704). Die Entlassung hat einerseits wegen erheblicher Gefährdung des Mündels, wegen Unfähigkeit des Vormundes und wegen Versagung oder Zurückziehung einer erforderlichen Zustimmung oder Erlaubnis, andrerseits auf Antrag des Vormundes wegen eines erheblichen Grundes und namentlich wegen Eintrittes eines Ablehnungsgrundes zu erfolgen; sie kann überdies verfügt werden, wenn die zum Vormunde bestellte Frau sich verheiratet (§§ 1705—1707). Der Vormund ist verpflichtet, den Tod eines Mitvormundes oder Gegenvormundes, der Erbe eines Vormundes ist verpflichtet, den Tod des Vormundes unverzüglich anzuzeigen (§ 1708). Bei entschuldbarer Unkenntnis des Vormundes über die Beendigung der Vormundschaft oder seines Amtes sollen die Rechte desselben wie beim Auftrage fortbestehen (§ 1709). Dies alles gilt analog für den Gegenvormund (§ 1710). Die Bestallungsurkunden sind zurückzugeben (§ 1711).

Eng an die preußische Vormundschaftsordnung schließen sich die Bestimmungen über den „Familienrat" (VII) an. Doch wird die Bedeutung des Institutes von vornherein dadurch abgeschwächt, daß die Bildung eines Familienrates dem Vormundschaftsgericht nur im Falle einer ausführbaren väterlichen oder mütterlichen Anordnung zur Pflicht gemacht, im übrigen dagegen zwar an den Antrag eines Verwandten oder Verschwägerten oder des Vormundes oder Gegenvormundes gebunden, jedoch in das Ermessen des Vormundschaftsgerichts gestellt wird (§§ 1712—1713), während sie nach preußischem Recht auch im Falle eines Antrages von drei nahen Verwandten oder Verschwägerten oder des Vormundes oder Gegenvormundes obligatorisch ist. Offenbar wird hiermit der letzte Rest eines selbständigen Rechtes der Familie beseitigt und ohne Grund der völligen Verdrängung des in einer bureaukratischen Vormundschaftsordnung freilich nur geduldeten Institutes vorgearbeitet[1]). Der Familienrat soll aus dem Vormundschaftsrichter als Vorsitzendem und zwei bis sechs Mitgliedern bestehen, deren Ernennung zunächst durch elterliche Anordnung, in Ermangelung solcher bis zur Herstellung einer beschlußfähigen Anzahl durch das Vormundschaftsgericht und im übrigen durch Kooptation erfolgt (§§ 1714—1715). Unfähig zur Mitgliedschaft sind außer den zur Vormundschaft unfähigen und den durch elterliche

[1]) Vgl. auch Klöppel S. 354.

Anordnung ausgeschlossenen Personen sowie dem Vormunde selbst und jeder Frau alle mit dem Mündel nicht verwandten oder verschwägerten Personen, sofern sie nicht elterliche Anordnung oder ein Beschluß des Familienrats oder die zur Heilung einer vorübergehenden Beschlußunfähigkeit dem Vormundschaftsrichter obliegende Ernennung eines Ersatzmitgliedes beruft (§ 1716). Die Übernahme des Amtes, nicht aber dessen Fortführung hängt vom freien Willen ab; eine unfreiwillige Entlassung kann nur durch das dem Vormundschaftsgericht vorgesetzte Gericht erfolgen (§§ 1717 u. 1723). Der Familienrat ersetzt das Vormundschaftsgericht und hat dessen Rechte und Pflichten (§ 1719). Als Vorsitzender hat der Vormundschaftsrichter die Geschäfte zu leiten, vorläufige Anordnungen zu treffen, den Familienrat von Amts wegen oder auf Antrag zweier Mitglieder oder des Vormundes oder Gegenvormundes einzuberufen, säumige Mitglieder in die Kosten zu verurteilen und nötigen Falls mit einer Ordnungsstrafe zu belegen, bei erheblicher Interessenkollision über den Ausschluß eines Mitgliedes von der Beschlußfassung zu entscheiden und im Falle der Stimmengleichheit den Stichentscheid zu geben (§§ 1719, 1721 u. 1722). Zur Beschlußfähigkeit ist die Anwesenheit des Vorsitzenden und zweier Mitglieder erforderlich; die Beschlußfassung erfolgt mit Stimmenmehrheit (§ 1722). Das Amt eines Familienratsmitgliedes ist Ehrenamt, doch können die baren Auslagen in dem vom Vormundschaftsrichter festgesetzten Betrage ersetzt verlangt werden (§ 1720). Die Verantwortlichkeit der Mitglieder richtet sich nach den für die Haftung des Vormundschaftsrichters maßgebenden Grundsätzen (§ 1719). Eine Aufhebung des Familienrats soll im Falle dauernder und unheilbarer Beschlußunfähigkeit und bei dem Eintritt eines in der elterlichen Anordnung vorgesehenen Beendigungsfalles erfolgen (§ 1724).

Die „Mitwirkung des Gemeindewaisenrates" (VIII) als eines Hülfsorganes der Obervormundschaft soll sich nicht wie nach preußischem Recht auf die Überwachung der Sorge für die Person der Mündel beschränken, sondern auch auf die Anzeige von Vermögensgefährdungen erstrecken; außerdem liegt ihm der Vorschlag geeigneter Personen für die Ämter des Vormundes, des Gegenvormundes und des Mitgliedes eines Familienrates ob (§ 1725).

Eine „Vormundschaft über Volljährige" (Tit. 2) wird nach dem Entwurfe über entmündigte Geisteskranke und Verschwender und über Gebrechliche, welche „des vormundschaftlichen Schutzes für bedürftig erklärt" sind, eingeleitet; in Übereinstimmung mit dem preußischen Recht wird die Erklärung der Schutzbedürftigkeit dem Vormundschafts-

gericht übertragen, jedoch nur wegen Taubheit, Blindheit oder Stummheit und dadurch bewirkter Unfähigkeit zur Besorgung der eignen Angelegenheiten zugelassen; abweichend vom preußischen Recht wird mit Ausnahme des Falles einer Unmöglichkeit der Verständigung stets die Einwilligung des Schutzbedürftigen gefordert (§§ 1726—1727)[1]. Auf die Vormundschaft über Volljährige sollen grundsätzlich die Regeln der Altersvormundschaft entsprechende Anwendung finden (§ 1728). Wir haben schon gesehen, daß der Entwurf eine Verlängerung der elterlichen Gewalt über das schutzbedürftige großjährige Kind nicht kennt und die ehemännliche Vormundschaft verwirft. Er hat aber selbst hier sich nicht einmal zur Anerkennung einer gesetzlichen Vormundschaft entschlossen, führt vielmehr das Bestellungsprinzip im Widerspruch mit dem Wesen des deutschen Hauses ausnahmslos durch. Doch beruft er zunächst den Vater und hinter ihm die eheliche Mutter, sodann den Großvater von väterlicher Seite und hinter ihm den Großvater von mütterlicher Seite zur Vormundschaft; dem Ehegatten gewährt er keinen Anspruch auf die Vormundschaft, sondern nur die Möglichkeit der Bestellung vor den berufenen Personen; ebenso der unehelichen Mutter; eine elterliche Benennung oder Ausschließung erklärt er hier für schlechthin unzulässig (§ 1729)[2]. Ein gewisses Zugeständnis an die Natur der Dinge macht der Entwurf dadurch, daß er dem Vater und der ehelichen Mutter, insoweit sie nicht im Falle der Minderjährigkeit des Kindes von der Vermögensverwaltung ausgeschlossen wären, die Stellung eines befreiten Vormundes einräumt; doch soll der Mutter unter Wegfall der Befreiungen in denselben Fällen ein Gegenvormund bestellt werden, in denen ihr als „Inhaber der elterlichen Gewalt" ein Beistand zu bestellen wäre; auch kann das Vormundschaftsgericht die Befreiungen ausschließen, wenn der Mündel ein „angenommenes Kind des zum Vormunde bestellten Elternteiles" ist (§ 1733). Durch eine besondere Vorschrift wird die

[1] Die Schutzbedürftigkeitserklärung ist nach dem Entwurf sachlich „Entmündigung" und sollte daher auch so heißen; sie würde aber am besten ganz gestrichen und durch Erweiterung der „Pflegschaft" des § 1739 ersetzt; so mit Recht Zitelmann S. 77 ff. u. 81 ff.

[2] Über die Modifikationen der Delationsgründe bei angenommenen Kindern und deren Abkömmlingen und bei Kindern aus ungültigen Ehen enthält der § 1729 Abs. 2, 3 u. 5 kasuistische Bestimmungen von äußerster Undurchsichtigkeit. Dem Entwurf schien es ferner unerläßlich, durch einen besonderen Abs. 4 die nach § 1641 zur Übernahme einer Vormundschaft seitens einer Ehefrau erforderliche Zustimmung des Ehemannes dann für unnötig zu erklären, wenn der Ehemann selbst bevormundet werden soll. Welche sinnlose Buchstabenauslegung muß er befürchten! Vgl. L. Goldschmidt S. 177.

Sorge für die Person des Mündels hier auf den „durch den Zweck der Vormundschaft" erforderten Umfang eingeschränkt, in diesem Umfange aber unter Wegfall der in § 1509 zu Gunsten des Ehemannes gezogenen Schranke auch dem Vormunde einer Ehefrau übertragen (§ 1730), — eine Vorschrift, die in ihrem ersten Teil überflüssig und nichtssagend ist, in ihrem zweiten Teil wider das Wesen der Ehe verstößt! Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wird hier auch zur Gewährung einer Ausstattung gefordert (§ 1731). Zu einem Miet- oder Pachtvertrage ist sie hier erforderlich, sofern das Vertragsverhältnis länger als vier Jahre dauern soll (§ 1732)[1]). Im Falle der Eingehung einer neuen Ehe hat der Vater oder die Mutter als Vormund dieselben Obliegenheiten zu erfüllen, die ihm als „Inhaber der elterlichen Gewalt" oblägen (§ 1734). Über die Beendigung der Vormundschaft über Volljährige trifft der Entwurf eine Reihe selbstverständlicher Bestimmungen; hervorzuheben ist nur, daß die Aufhebung der Vormundschaft über Gebrechliche gleich ihrer Einleitung ausschließlich dem Vormundschaftsgericht übertragen wird, jedoch auf Antrag des Mündels stets erfolgen soll (§ 1735). Ein Familienrat kann auch hier gebildet werden, ist aber jeder Einwirkung elterlicher Anordnung entrückt (§ 1736). — Abweichend vom gemeinen und preußischen Recht kennt der Entwurf auch eine vorläufige Vormundschaft, welche während eines schwebenden Entmündigungsverfahrens wegen Geisteskrankheit oder Verschwendung durch das Vormundschaftsgericht angeordnet werden kann (§ 1737). Die Bedenklichkeit einer solchen diskretionären Gewalt des Vormundschaftsrichters leuchtet ein; kann die Entmündigung nur durch Urteil erfolgen, so muß auch die Anordnung eines vorläufigen Schutzes dem Prozeßrichter vorbehalten bleiben.

Daß der Entwurf die „Pflegschaft" (Tit. 3) als eine auf einzelne Angelegenheiten beschränkte Vormundschaft behandelt und somit gleich der preußischen Vormundschaftsordnung nur Personalpflegschaften, nicht bloße Vermögenskuratelen kennt, ist schon erwähnt. Er läßt jedoch die Bestellung eines Pflegers nur in bestimmten Fällen zu, ohne gleich der preußischen Vormundschaftsordnung durch eine allgemeine Klausel den Vormundschaftsrichter auch bei sonstiger Schutzbedürftigkeit zur Anordnung einer Pflegschaft zu ermächtigen. Ein Pfleger soll zunächst einem Minderjährigen sowie einem bevormundeten oder zu bevormundenden

[1]) Bezeichnend für die Art von Auslegung, auf die der Entwurf rechnet, ist es wieder, wenn er besonders hinzusetzen zu müssen glaubt, daß nun die Vorschrift des § 1674 Nr. 6 keine Anwendung findet, die Vorschrift des § 1674 Nr. 7 aber unberührt bleibt.

Volljährigen für solche Angelegenheiten gegeben werden, „bei welchen die Fürsorge des Inhabers der elterlichen Gewalt oder des Vormundes erforderlich ist, jedoch aus einem thatsächlichen oder rechtlichen Grunde nicht eintreten kann" (§ 1738). Sodann kann einem Volljährigen, welcher durch körperliche oder geistige Gebrechen ganz oder teilweise an der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten gehindert ist, mit seiner Einwilligung und, soweit eine Verständigung mit ihm nicht möglich ist, auch ohne dieselbe ein Pfleger bestellt werden (§ 1739). Weiter ist für einen Abwesenden, dessen Aufenthalt unbekannt oder der an der Rückkehr verhindert ist, zur Besorgung seiner der Fürsorge bedürftigen Vermögensangelegenheiten eine Abwesenheitspflegschaft einzuleiten (§ 1740); die deutschrechtliche Vormundschaft über Verschollene wird beseitigt (Motive S. 1257)[1]. Im Bedürfnisfalle soll ferner eine Leibesfrucht zur Wahrung ihrer künftigen Rechte einen Pfleger erhalten (§ 1741). Endlich kann einem unbekannten oder ungewissen Beteiligten, soweit eine Fürsorge für denselben bei irgend einer Angelegenheit erforderlich ist, ein Pfleger bestellt werden (§ 1742). Auf die Pflegschaft finden die Vorschriften für die Vormundschaft entsprechende Anwendung (§ 1743). Doch fallen bei der zur Ergänzung der elterlichen oder vormundschaftlichen Fürsorge bestimmten Pflegschaft die Berufungsgründe weg (§ 1744). Wird eine Pflegschaft durch eine Vermögenszuwendung unter Ausschluß der elterlichen oder vormundschaftlichen Verwaltung erforderlich, so kann der Zuwendende den Pfleger ernennen und zugleich Befreiungen desselben anordnen (§ 1745). Die Bestellung eines „Gegenvormundes" ist auch bei der Pflegschaft zulässig, jedoch nicht erforderlich (§ 1746). Mit der Pflegschaft ist, obwohl sie zur gesetzlichen Vertretung beruft, eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Schutzbedürftigen an sich nicht verbunden; doch wird für einen Rechtsstreit, in welchem der Pfleger eine prozeßfähige Person vertritt, diese einer nicht prozeßfähigen Person gleichgestellt (§ 1747). Die Beendigung der Pflegschaft soll in einer Reihe von Fällen unmittelbar mit dem Wegfall ihres Grundes, im übrigen erst mit der Aufhebung durch das Vormundschaftsgericht eintreten (§ 1748).

[1] Einen Widerspruch zwischen § 1740 und § 4 Abs. 1 findet **Hölder**, Gutachten für den 20. Juristentag Bd. 1 S. 260—261.

Achter Abschnitt.

Das Erbrecht des Entwurfes[1]).

Das fünfte Buch des Entwurfes, welches „Erbrecht" überschrieben ist, unterscheidet sich von den vorangehenden Büchern äußerlich zum Teil durch eine einfachere und gemeinverständlichere Sprache. Doch gilt dies keineswegs von allen Abschnitten desselben. Vielfach macht sich eine noch breitere Fassung bemerklich, als sie ohnehin durch das Bestreben nach einem alle denkbaren und undenkbaren Fälle einschließenden Ausdruck dem Entwurfe aufgezwungen wird. Und in besonders auffälliger Weise hat sich in diesem Buche der Gesetzgeber durch die doktrinäre Sucht, der Rechtswissenschaft der Zukunft bindende Dogmen aufzuerlegen, zu einem lehrhaften Tone verführen lassen.

Inhaltlich ist das Erbrecht des Entwurfes im wesentlichen vereinfachtes und modernisiertes Pandektenrecht. Deutschrechtliche Institute und Sätze sind nur insoweit aufgenommen, als sie sich mit dem romanistischen Gedankensystem vertragen. Sie sind überdies behufs Einfügung in dasselbe nach Möglichkeit beschnitten. Die Reste rein deutscher Erbfolge sind aus dem gemeinen Recht verbannt. Soweit sie überhaupt noch geduldet werden, fallen sie der Partikulargesetzgebung anheim. Demgemäß ist auch den in ihnen lebenden Gedanken ein Einfluß auf den Bau des Erbrechtes im Entwurfe nicht verstattet worden.

Bei dieser Sachlage versteht es sich von selbst, daß die Grundanlage dieses Erbrechtes eine rein individualistische ist. Das

[1]) Vgl. Bähr S. 551—565; Kühnast, Das Erbrecht des Entwurfes u. s. w., Berlin 1888; derselbe, Erbrechtliche Studien des Entwurfes u. s. w., Beitr. z. Erläut. des deut. Rechts Bd. 32 S. 656—679; Klöppel ebenda Bd. 33 S. 354 bis 364; Petersen, Heft 16 der Beiträge: „Die Berufung zur Erbschaft und die letztwilligen Verfügungen überhaupt nach dem Entwurfe u. s. w.", Berlin 1889.

sociale Wesen des Erbrechtes kommt nirgends zum Durchbruch. Der Entwurf führt jene Auffassung durch, welche das Erbrecht aus dem über den Tod hinaus wirkenden Willen des Einzelnen herleitet, mithin die Bestimmung des Erbganges durch Verfügung von Todes wegen in den Vordergrund rückt und die Familienerbfolge auf den in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung vom Gesetz als maßgebend anerkannten „mutmaßlichen Willen" des Erblassers gründet. Darum stellt er abweichend vom französischen und sächsischen Gesetzbuch und vom hessischen, Mommsenschen und jetzt auch ungarischen Entwurf die Erbfolge aus Testament und Erbvertrag vor die gesetzliche Erbfolge. Die Motive (S. 2) meinen freilich, daß die „äußere Reihenfolge" für die Frage nach dem Ausgangspunkte des Erbrechtes ohne Belang sei. Allein warum hat man dann nicht die dem deutschen, sondern die dem römischen Rechtsbewußtsein entsprechende Reihenfolge gewählt? Vergeblich sucht man in den Motiven nach einem rechtfertigenden Worte: sie betrachten es als selbstverständlich, daß angebliche Adiaphora im Sinne der Pandektenlehrbücher zu erledigen sind. In Wirklichkeit sind solche Äußerlichkeiten keineswegs gleichgültig! Und vor allem ist es eine Unwahrheit, wenn die Motive weiter behaupten, der Entwurf habe sachlich zu der Frage nach dem Ausgangspunkte des Erbrechts überhaupt nicht Stellung genommen und „einen grundsätzlichen Vorzug des einen oder anderen Delationsgrundes" nicht bestimmt. Der Entwurf hat freilich — und hierauf scheint diese Behauptung zu fußen — mit der römischen Regel „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest" gebrochen. Indes der Satz, daß durch ein Testament auch hinsichtlich desjenigen Vermögens, über welches gar nicht verfügt ist, die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen wird, entbehrt für uns so vollständig jeder Daseinsberechtigung, daß an seine Verewigung im Ernst nicht gedacht werden konnte. Im übrigen aber wird in § 1751 ausdrücklich die „Erbeinsetzung durch Verfügung von Todes wegen" als prinzipaler und die „gesetzliche Erbfolge" als subsidiärer Delationsgrund bezeichnet: „Wenn und soweit der Erblasser einen Erben nicht eingesetzt hat oder die Erbeinsetzung unwirksam ist oder unwirksam wird, tritt die gesetzliche Erbfolge ein." Unsere nationale Anschauung, die allein dem Erbrecht eine Zukunft verbürgt, ist eine andere. „Uns erscheint als Urquell des Erbrechts der die Individuen einschließende und verknüpfende organische Zusammenhang der Geschlechterfolgen und daher vor allem das die einzelnen von Rechts wegen ergreifende und ihrer Willkür entzogene Familienband, so daß uns der nach der festen Ordnung der gegebenen personenrechtlichen Verhältnisse kraft gesetzlicher

Regel verwirklichte Eintritt in die leergewordene Stelle als normaler Typus der Erbfolge gilt, während wir die dem Individuum eingeräumte Testierfreiheit nur als Mittel betrachten, die starre Gesetzesregel der konkreten Sachlage anzupassen oder besonderer Umstände wegen durch eine geeignetere Anordnung zu ersetzen"[1]). Von diesem Standpunkte aus aber darf die gesetzliche Erbfolge nicht als eine Norm behandelt werden, welche lediglich dazu bestimmt ist, in ähnlicher Weise die von der erblasserischen Verfügung gelassenen Lücken auszufüllen, wie die vermittelnden Sätze des Obligationenrechts den Parteiwillen zu ergänzen haben. Vielmehr muß als Folge des Todes eines Menschen der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge bestimmt und dann hinzugefügt werden, ob und wie durch Willenserklärungen diese Regel abgeändert werden kann. So verfährt ja auch der Entwurf selbst bei dem ehelichen Güterrecht. Es fällt ihm nicht ein, den Ehevertrag als prinzipale Quelle des ehelichen Güterstandes voranzustellen und hinterher für Ehen ohne Ehevertrag den gesetzlichen Güterstand anzuordnen. Auch hat er es nicht für nötig gehalten, besonders auszusprechen, daß im Falle der Unwirksamkeit des Ehevertrages der gesetzliche Güterstand eintritt. Nach deutscher Auffassung aber liegt die Sache im Erbrecht genau wie im ehelichen Güterrecht: die gesetzliche Erbfolge ist nur in demselben Sinne wie die gesetzliche Ordnung der Vermögensverhältnisse unter Ehegatten „vermittelndes Recht". Hieraus ergiebt sich zugleich, daß die vom Gesetz berufenen Erben nicht erst durch den Mangel einer Verfügung von Todes wegen zu „gesetzlichen Erben" werden, sondern von vornherein die „rechten Erben" sind; daß sie nicht aufhören, die „rechten Erben" zu sein, wenn eine Verfügung von Todes wegen sie als Erben bestätigt; ja daß sie selbst dann die „rechten" und nur eben enterbten Erben bleiben, wenn ein gekorner Erbe sie verdrängt. Der Entwurf geht in allen diesen Punkten folgerichtig von der entgegengesetzten Anschauung aus und giebt derselben mit peinlicher Gewissenhaftigkeit in seiner Redeweise Ausdruck. Er spricht von „gesetzlichen Erben" immer erst in dem Augenblicke, in welchem ein Erblasser ab intestato gestorben ist, und bedient sich, sobald eine Erbeinsetzung vorliegt, der umständlichsten Wendungen, um die rechten Erben nicht als solche, sondern als Personen zu bezeichnen, welche „gesetzliche Erben" sein würden, wenn eine Verfügung von Todes wegen nicht getroffen wäre (vgl. oben S. 56). Daß aber Grundgedanken, die mit solcher Präcision festgehalten sind, keinen Ein-

[1]) Vgl. meinen Aufsatz in Schmollers Jahrb. Bd. XII S. 421.

fluß auf die materielle Ausgestaltung der einzelnen Rechtssätze geübt hätten, wird niemand für möglich halten. In der That durchdringt der romanistische und individualistische Geist des Entwurfes auch dessen Erbrechtsordnung in allen ihren Poren[1]).

Die im ersten Abschnitt vorangestellten „allgemeinen Vorschriften", die ohne Schaden fehlen könnten, definieren den Fall des Todes einer Person als „Erbfall", das hinterlassene Vermögensganze als „Erbschaft", den Übergang des Vermögens als eines Ganzen als „Erbfolge" und den Universalsuccessor als „Erben", erklären den Ausschluß des Eintrittes einer Gesamtnachfolge durch den Erblasser als unwirksam, bestimmen den Übergang der Erbschaft auf mehrere Erben nach Bruchteilen und die regelmäßige Gleichstellung eines solchen „Erbteiles" mit der Erbschaft, bringen die schon besprochene Anordnung über das Verhältnis von „Erbeinsetzung" und gesetzlicher Erbfolge und setzen endlich fest, daß Erbe nicht werden kann, wer nicht den Erblasser überlebt hat (§§ 1749—1752)[2]).

Der zweite Abschnitt handelt von der „letztwilligen Verfügung" und beginnt in einem ersten Titel wieder mit „allgemeinen Vorschriften". Als „letztwillige Verfügung" bezeichnet der Entwurf jede einseitige Verfügung von Todes wegen über das Vermögen. Gleichbedeutend gebraucht er den Ausdruck „Testament". Er macht also den Begriff des Testamentes von dem Begriff der Erbeinsetzung unabhängig und beseitigt jeden Unterschied zwischen „Testament" und „Kodizill". Nachdem er den Grundsatz der Testierfreiheit ausgesprochen und die ambulatorische Natur der letztwilligen Verfügung festgestellt, auch die vertragsmäßige Verpflichtung zur Errichtung oder Nichterrichtung, Aufhebung oder Nichtaufhebung einer letztwilligen Verfügung für nichtig erklärt hat (§§ 1753—1754)[3]), bestimmt er den möglichen Inhalt einer letztwilligen Verfügung als Erbeinsetzung, Enterbung, „Vermächtnis" oder „Auflage" (§§ 1755—1757). Die Erbfähigkeit spricht er in vollem Umfange auch einer zur Zeit des Erbfalles noch nicht gebornen, jedoch schon empfangenen Person zu; dagegen soll (abweichend vom preußischen Recht) eine zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangene Person nur als Nacherbe eingesetzt

[1]) Gegen die Rangordnung der Berufungsgründe im Entwurf und die hierbei zu Grunde liegende Auffassung vgl. auch Klöppel S. 354 ff. und Petersen S. 28—33.

[2]) Im einzelnen vgl. Petersen S. 34—37.

[3]) Klöppel S. 361—362 bekämpft den § 1754 (Nichtigkeit der bezeichneten Verträge) als „wunderlichen Zopf". Vgl. aber Petersen S. 38—39.



oder mit einem Vermächtnis bedacht werden können, indes ihre trotzdem erfolgte Erbeinsetzung im Zweifel als Nacherbeinsetzung verstanden werden (§ 1758). Romanistische Reminiscenzen veranlassen ihn zur besonderen Hervorhebung der Erbfähigkeit jeder „juristischen Person" (§ 1759). Diese Bestimmung ist überflüssig[1], aber nicht unschädlich. Denn sie entzieht ausweislich der Motive (S. 15) die Erbfähigkeit allen Verbandseinheiten, welche nicht „juristische Personen" im Sinne des Entwurfes sind, und stellt damit teils endlose Streitigkeiten über die Anwendung dieses Begriffes auf die durch besondere Gesetze normierten Gesellschaften, Genossenschaften, Kassen u. s. w., teils die Nichtigkeit so mancher gemeinnützigen Zuwendung in Aussicht[2]. Die Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung soll nach dem Entwurfe, der hierin mit einem zum Teil nicht unbedenklichen Radikalismus verfährt, bei jeder letztwilligen Verfügung genau in demselben Umfange zulässig und denselben Regeln unterworfen sein, wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden (§ 1760), so daß also namentlich unter Wegfall des römischen Satzes „semel heres semper heres" auch auflösende Bedingungen und Endbefristungen wirksam sind, dagegen unsittliche und gesetzwidrige Bedingungen nicht als nicht geschrieben gelten, sondern die Verfügung nichtig machen u. s. w. (Motive S. 16 bis 23). Der Entwurf hebt ausdrücklich hervor, daß eine auf das „bloße Wollen des Beschwerten oder eines Dritten" gestellte Bedingung die letztwillige Verfügung nichtig macht (§ 1765) und giebt einige Auslegungsregeln für gewisse Bedingungen (§§ 1761—1764) und Befristungen (§ 1766). Weitere Bestimmungen beziehen sich auf unvollständige und unbestimmte letztwillige Verfügungen. Ein Ergänzungsvorbehalt soll im Zweifel so ausgelegt werden, daß er im Falle des Unterbleibens der Ergänzung als nicht beigefügt gilt (§ 1767). Wenn die bedachte Person völlig ungewiß oder die Bestimmung derselben einem anderen überlassen ist, soll die Verfügung nichtig sein; dagegen soll die alternative Bedenkung mehrerer Personen als gemeinschaftliche Bedenkung aufrechterhalten und diese Regel auch dann entsprechend angewandt werden, wenn die Wahl unter mehreren vom Erblasser bezeichneten Personen einem anderen überlassen ist (§§ 1768—1770). In ähnlicher Weise wird die Bestimmung des Gegenstandes einer Zuwendung durch Übertragung des Bestimmungsrechtes auf einen anderen schlechthin ausgeschlossen, dagegen die bloße

[1] Vgl. L. Goldschmidt S. 118. — A. M. Petersen S. 42—43.
[2] Eine Erweiterung des § 1759 wünscht Petersen S. 43.

Übertragung des Verteilungsrechtes hinsichtlich einer an mehrere Personen gemachten Zuwendung dergestalt als nicht geschrieben erachtet, daß Gleichteilung eintritt (§ 1777)[1]). Unter den vom Erblasser bedachten „Verwandten" oder „nächsten Verwandten" sollen im Zweifel die gesetzlichen Erben, unter „Kindern" auch die Abkömmlinge verstorbener Kinder nach Maßgabe ihres gesetzlichen Erbrechts, unter einem Abkömmling des Erblassers zugleich als Ersatzberufene dessen gesetzlich berufene Abkömmlinge, unter fremden Abkömmlingen nur die zur Zeit des Erbfalles schon gebornen oder empfangenen Personen verstanden werden (§§ 1771—1774). Bei der Deutung einer Zuwendung an eine Personenklasse oder an die in einem Dienst- oder Geschäftsverhältnis zum Erblasser stehenden Personen soll im Zweifel die Zeit des Erbfalles entscheiden (§ 1775). Sind „die Armen" bedacht, so soll im Zweifel „die öffentliche Armenkasse" als bedacht gelten (§ 1776)[2]). Im allgemeinen soll unter mehreren möglichen Auslegungen im Zweifel diejenige vorgezogen werden, „bei welcher die letztwillige Verfügung Erfolg haben kann" (§ 1778)[3]). Hinsichtlich der Willensmängel wird hier das „Willensdogma" streng durchgeführt, so daß im Falle der Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung die letztwillige Verfügung ausnahmslos und unter Wegfall aller bei Rechtsgeschäften unter Lebenden geltenden Abweichungen nichtig ist (§ 1779)[4]). Die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung wird wegen „Drohung", wegen „Betruges", wegen „Irrtums" und wegen nichterfüllter „Voraussetzung" zugelassen; bei der Übergehung von Pflichtteilsberechtigten und bei Verfügungen zu Gunsten von Ehegatten oder Verlobten werden bestimmte Vermutungen für das Vorhandensein eines Irrtums oder einer Voraussetzung aufgestellt; das Anfechtungsrecht wird nur den unmittelbar benachteiligten Personen gewährt und an die Geltendmachung binnen Jahresfrist nach erlangter Kenntnis oder binnen dreißig Jahren nach Verkündung der Verfügung gebunden; es soll in Widerspruch mit manchen geltenden Rechten und mit den wirklichen

---

[1]) Gegen die durch die §§ 1769, 1770 u. 1777 vorgeschriebene Umdeutung des erklärten Willens spricht sich Kühnast, Erbrecht S. 33 ff., aus. Für die Bestimmungen des Entwurfes, jedoch unter Gewährung größerer richterlicher Auslegungsfreiheit, Petersen S. 48—51.

[2]) Eine nähere Bestimmung — „Armenkasse des letzten Wohnorts" — wünschen Kühnast, Erbrecht S. 35, und Petersen S. 41—42.

[3]) Vgl. Petersen S. 40—41. Bedenken gegen § 1778 bei L. Goldschmidt S. 161—162.

[4]) Im einzelnen vgl. Petersen S. 43—45.

Lebensverhältnissen wegfallen, wenn der Erblasser nach Beseitigung der Zwangslage oder nach Erkundung des Grundes der Anfechtbarkeit sich ein Jahr lang unthätig verhalten hat, ohne an der Aufhebung der Verfügung verhindert zu sein; endlich soll durch die Unwirksamkeit einer einzelnen Verfügung der übrige Inhalt des Testamentes nur insoweit unwirksam werden, als erhellt, daß der Erblasser ohne jene unwirksame Verfügung auch eine andere Verfügung nicht getroffen haben würde (§§ 1780—1787)[1].

Im zweiten Titel führt der Entwurf hinsichtlich der „Erbeinsetzung" den Grundsatz durch, daß über das Vorhandensein einer solchen der Inhalt der letztwilligen Zuwendung, nicht die gebrauchte Bezeichnung entscheidet (§ 1788). Durch eine Reihe specieller Vorschriften sucht er sodann zwar für den Fall, daß die testamentarische Erbeinsetzung nicht auf Erschöpfung der Erbschaft gerichtet ist, den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge neben der testamentarischen Erbfolge oder doch die Berufung der gesetzlichen Erben als Vermächtnisnehmer bezüglich eines ausgeschlossenen Gegenstandes zu sichern, jedoch für den Fall, daß der Wille des Erblassers auf Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge ging, Ungenauigkeiten der Erbeinsetzung unschädlich zu machen und insbesondere bei der Bildung von zu wenigen oder zu vielen Bruchteilen durch Erweiterungen oder Reduktionen zu helfen (§§ 1789 bis 1796)[2]. Er hält daher auch insoweit, als nicht die gesetzliche Erbfolge in die Lücke tritt, das Anwachsungsrecht unter mehreren Testamentserben fest, statuiert eine engere und auch der gesetzlichen Erbfolge vorgehende Anwachsung unter den auf einen „gemeinschaftlichen Erbteil" eingesetzten Erben, läßt jedoch die Ausschließung der Anwachsung durch den Erblasser zu, bestimmt einen Vorrang der Ersatzerbeinsetzung vor der Anwachsung und behandelt den angewachsenen Erbteil hinsichtlich der Beschwerung mit Vermächtnissen und Auflagen als einen besonderen Erbteil (§§ 1797—1799). Schließlich erkennt der Entwurf die Möglichkeit einer „Vulgarsubstitution" unter dem Namen der Einsetzung eines „Ersatzerben" unbeschränkt und für alle Fälle der Unwirksamkeit einer Erbeinsetzung an und stellt dafür einige sich an das geltende Recht anschließende Auslegungsregeln auf (§§ 1800—1803).

Mit einer kaum in diesem Umfange erforderlichen Ausführlichkeit behandelt der Entwurf im dritten Titel die als „Einsetzung eines

[1]) Zur Fassung L. Goldschmidt S. 162 u. 191—191, Petersen S. 45 bis 47.

[2]) Zur Fassung L. Goldschmidt S. 163—164, Petersen S. 51—52.

Nacherben" bezeichnete „fideikommissarische Substitution" (§§ 1804 bis 1841). Eine solche läßt er für den Fall des Eintrittes eines beliebig bestimmten künftigen Ereignisses oder von einem bestimmten Zeitpunkt an zu; mangels anderer Festsetzung soll als „Fall der Nacherbfolge" der Tod des „Vorerben" gelten (§ 1809). Abweichend aber von dem in Deutschland überwiegend geltenden Recht errichtet er aus „volkswirtschaftlichen Gründen" (Motive S. 90 ff.), wie sie für ihn fast immer nur da auftauchen, wo eine „Vinkulierung" von Vermögen thunlichst verhindert werden soll, eine zwiefache Schranke: die Nacherbfolge soll einerseits schlechthin nur einmal stattfinden (§ 1812), andrerseits außer dem Falle einer längeren Lebensdauer des Vorerben nach dem Ablauf von dreißig Jahren seit dem Tode des Erblassers nicht mehr eintreten (§ 1813)[1]). Hiernach ist es also beispielsweise unmöglich, der künftigen Nachkommenschaft einer bestimmten lebenden Person ein Vermögen dergestalt zu sichern, daß auch die beim Tode des Vorerben oder zu dem sonst gesetzten Zeitpunkt noch nicht vorhandenen Nachkommen succedieren. Die Motive scheinen zu Gunsten einer derartigen praktisch häufigen Disposition eine Ausnahme an sich für angezeigt zu halten, lehnen dieselbe jedoch mit dem Hinweise auf das überwiegende „volkswirtschaftliche Interesse" ab. Man nehme ferner an, daß der Erblasser ein noch kleines Mädchen für den Fall der Verheiratung oder einen Knaben für den gleichen Fall oder für den Fall der Erlangung einer bestimmten Lebensstellung zur Erbschaft berufen hat: ist es da billig, daß die Erbschaft dem Kinde entgeht, wenn es erst später als dreißig Jahre nach dem Tode des Erblassers heiratet oder das ihm sonst gesteckte Ziel erreicht und kurz vorher der

[1]) Petersen S. 52—59 billigt unter allen Umständen diese Schranken, möchte aber am liebsten die Nacherbfolge ganz beseitigen und zur Befriedigung des Bedürfnisses, welchem eine so beschränkte Nacherbfolge noch zu dienen vermag, nur die Zuwendung des Pflichtteils in Form einer Nutznießung oder Rente, allenfalls auch in Verbindung mit einer Enterbung aus guter Absicht die Erbeinsetzung noch nicht empfangener Personen zulassen; zum mindesten will er die Nacherbfolge noch weiter einschränken, so daß als Vorerben nur Pflichtteilsberechtigte und Geschwister, als Nacherben lediglich Abkömmlinge eingesetzt werden können. In der That wäre einem so verklausulierten und verkünstelten Institut, wie der Entwurf es schaffen will, der von Petersen vorgeschlagene Ersatz vorzuziehen. Anders liegt die Sache, wenn der Gedanke einer familienrechtlichen Bindung des hinterlassenen Vermögens durch Anwartschaftsrechte einer jüngeren Generation in gewissem Umfange als berechtigt anerkannt und insoweit ohne ängstliche Einschnürung durchgeführt wird. Petersen wird hier offenbar vom Gedankensystem des Code beherrscht.

Vorerbe gestorben ist? Und welcher Sinn liegt darin, daß eine andere Regel gilt, wenn der Vorerbe etwas länger lebt? Wie es gehalten werden soll, falls als Vorerbe eine jurische Person berufen ist, hat der Entwurf zu entscheiden vergessen. Nach dem Wortlaut des § 1813 würde dann die Nacherbfolge noch nach Ablauf von dreißig Jahren eintreten, während dem „Geiste“ des Entwurfes die bedingungslose Abschneidung der Nacherbfolge durch den Nichteintritt des Falles binnen dreißig Jahren entspräche. Es eröffnet sich also die Aussicht auf eine interessante Kontroverse, bei deren Erörterung die Unzulänglichkeit der ganzen Methode des Entwurfes deutlich zu Tage treten würde. — Der juristischen Konstruktion des Verhältnisses legt der Entwurf unter Preisgabe des römischen Satzes „semel heres semper heres“ den Gedanken zu Grunde, daß sowohl der „Vorerbe“ als der „Nacherbe“ als wirklicher „Erbe“ berufen ist, mithin bei Eintritt des „Falles der Nacherbfolge“ der Vorerbe von Rechts wegen aufhört, Erbe zu sein, und der Nacherbe von Rechts wegen und ohne Herausgabe die Erbschaft verwirkt (§ 1804). Auch die Anordnung einer „Herausgabe“ der Erbschaft soll in diesem Sinne verstanden werden (§ 1805). Die Einsetzung eines Vorerben ist nicht erforderlich; fehlt es an einer solchen, indem lediglich eine Erbeinsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung oder einer Anfangsfrist ausgesprochen oder eine noch nicht vorhandene oder durch ein künftiges Ereignis zu bestimmende Person berufen ist, so gelten die gesetzlichen Erben als Vorerben (§ 1808). Ebenso kann die Benennung eines Nacherben unterbleiben, indem im Falle eines bloßen Verbotes der Verfügung von Todes wegen die gesetzlichen Erben des eingesetzten Erben, im Falle einer bloßen Erbeinsetzung unter einer auflösenden Bedingung oder einer Endfrist die im kritischen Zeitpunkt als gesetzliche Erben des Erblassers erscheinenden Personen als eingesetzte Nacherben gelten (§§ 1806—1807). Das Recht des Nacherben ist, sobald derselbe den Erblasser überlebt hat, im Zweifel vererblich (§ 1810). Keine Nacherbfolge tritt ein, wenn der Vorerbe nicht Erbe wird; doch gilt im Zweifel der Nacherbe zugleich als Ersatzerbe (§ 1802 Abs. 1). Das Recht des Nacherben umfaßt auch den Erwerb des Vorerben aus Anwachsung, nicht aber dessen Erwerb aus Vorausvermächtnis oder Ersatzerbfolge (§ 1814). Obwohl der Vorerbe als Erbe Eigentümer ist, sollen auf das Rechtsverhältnis des Vorerben gegenüber dem Nacherben die Vorschriften über den Nießbrauch entsprechende Anwendung finden (§ 1815). Der Entwurf sieht sich indes zu zahlreichen Modifikationen der im Sachenrecht aufgestellten Sätze genötigt, um einerseits den

Charakter des Rechtes des Nacherben als eines bloßen Wartrechtes zum Ausdruck zu bringen und demgemäß an die Stelle der bei Substanzverfügungen dem Eigentümer vorbehaltenen Mitwirkung eine überdies in geringerem Umfange erforderte „Einwilligung oder Genehmigung" des Nacherben zu setzen, andererseits dem Rechte des Vorerben einigermaßen die Wirksamkeit eines Rechtes an einem Vermögensganzen als solchem zu verschaffen (§§ 1816—1831). Insbesondere wird der Vorerbe zu allen durch die „ordnungsmäßige Verwaltung" des Vermögens bedingten Verfügungen ohne Zuziehung des Nacherben ermächtigt (§ 1823). Auch wird das Prinzip der Surrogation durchgeführt (§ 1825). Für die Sicherung der Rechte des Nacherben durch Eintragung im Grundbuch soll von Amts wegen gesorgt werden (§ 1826). Die Unwirksamkeit unzulässiger Verfügungen des Vorerben mit dem Eintritt der Nacherbfolge und die Erstreckung dieses Grundsatzes auf die Zwangsvollstreckung und den Konkurs wird unter Wahrung der Rechte gutgläubiger Dritter besonders ausgesprochen (§§ 1828—1829). Der ganze Aufbau des Rechtsverhältnisses ist überaus künstlicher Art und leidet infolge der kasuistischen Umdeutungen und Umbiegungen einer für ein wesentlich verschiedenes Verhältnis gegebenen Ordnung an Widersprüchen und Unsicherheiten [1]). Hätte der Entwurf statt einer fremdartigen Analogie den wirklichen Rechtszustand zu Grunde gelegt und somit ein durch ein Wartrecht beschränktes Eigentum an einem Vermögensganzen zum Ausgangspunkte genommen, so würde er wohl zu einer einfacheren und sachgemäßeren Regelung gelangt sein. Nur hätte er damit freilich sein romanistisches Begriffsschema durchbrochen. — Hinsichtlich der Rechtsstellung des Vor- und Nacherben führt der Entwurf das Prinzip, daß eine zweimalige Erbfolge stattfindet, mit einigen Erläuterungen und Ergänzungen durch: die Ausschlagung der Nacherbschaft, durch welche der Vorerbe endgültiger Erbe wird, ist schon nach dem ersten Erbfall zulässig (§ 1832); eine durch den ersten Erbfall eingetretene Aufhebung von Rechten kraft Vereinigung wird mit Eintritt der Nacherbfolge hinfällig (§ 1833); die vom Erblasser angeordneten Vermächtnisse gelten im Zweifel als Lasten der Erbschaft (§ 1834); der Nacherbe übernimmt mit der Erbschaft die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1835), hat aber ein selbständiges Inventarrecht (§ 1836), während insoweit, als für ihn die Haftung sich mindert, der Vorerbe

[1]) Derselben Ansicht ist Kühnast, Erbrecht S. 74 ff. — Vgl. auch Petersen S. 59—60, der aber meint, die Notwendigkeit von allerlei künstlichen Konstruktionen sei nun einmal im Wesen der ganzen Einrichtung begründet.

verhaftet bleibt (§ 1837); das von dem Vorerben oder dem Nacherben beantragte Aufgebot der Nachlaßgläubiger wirkt in gleicher Art, wie wenn der Antrag von beiden gestellt wäre (§ 1838).

Als eine Abart der Nacherbschaft erkennt der Entwurf die Nacherbschaft auf den Überrest (fideicommissum ejus quod superest) an, wobei der Vorerbe nur hinsichtlich der Verfügung von Todes wegen und der Schenkung eingeschränkt ist, im übrigen thatsächlich und durch Rechtsgeschäft über die zur Erbschaft gehörigen Gegenstände verfügen kann (§§ 1839—1841). — Die Pupillarsubstitution nebst der Quasipupillarsubstitution will der Entwurf abschaffen (Motive S. 132); man würde sie nicht vermissen.

In der Lehre vom „Vermächtnis" (Tit. 4) ist die wichtigste Neuerung, welche der Entwurf gegenüber dem gemeinen, preußischen, sächsischen und französischen Recht vorschlägt, die völlige Beseitigung jeder dinglichen Wirkung des Vermächtnisses. Unter Abschaffung des sogenannten „Vindikationslegates" will der Entwurf durch das Vermächtnis für den Vermächtnisnehmer stets nur „eine Forderung gegen den Beschwerten auf Leistung des Gegenstandes des Vermächtnisses" als „Vermächtnisanspruch" begründen lassen (§ 1865). Die Unvereinbarkeit dieser Ordnung mit unserem Rechtsbewußtsein und mit den Bedürfnissen namentlich der minder bemittelten Bevölkerungsklassen ist schon von anderer Seite überzeugend dargethan[1]). Hier wie so oft hat der Entwurf sich von seinem doktrinären Radikalismus hinreißen lassen. Indem er das Prinzip der „Universalsuccession" unter Abschüttelung der von den Römern selbst für erforderlich erachteten Einschränkungen schroff durchführt und so an Romanismus wiederum das römische Recht übertrumpft, vergißt er, daß bei uns die Universalsuccession überhaupt ein importierter Gedanke ist und daher gerade umgekehrt nur mit wesentlichen Abschwächungen verwirklicht werden darf. Die Ausführung der Motive, daß der unmittelbare Eigentumserwerb des Vermächtnisnehmers an den ihm vermachten Gegenständen kraft Anfalles von Todes wegen bei fahrender Habe mit dem Traditionssystem und bei liegendem Gut mit dem Grundbuchsystem in Widerspruch stehe, ist nicht nur rein doktrinärer Art, sondern zerschellt auch sofort,

---

[1]) Vgl. Bähr S. 551—552; Friedensburg, Gutachten für den XIX. Juristentag, Verh. Bd. 2 S. 35—68; ferner die Reden von Dernburg ebenda Bd. 3 S. 94 ff. u. 307 ff., Wilke S. 98, Bunsen S. 100, Lebenburg S. 101 und den entsprechenden Beschluß der ersten Abteilung des Juristentages S. 105; Klöppel a. a. O. Bd. 32 S. 853.

wenn eben die Sondererbfolge in ein Vermögensstück innerhalb der in der Natur der Sache gegebenen Schranken als gleichwertig mit der Gesamtnachfolge in das Vermögensganze anerkannt wird. Selbstverständlich müssen der Erbe und die Nachlaßgläubiger wegen der etwaigen Mitheranziehung des Vermächtnisgegenstandes zur Deckung der Nachlaßverbindlichkeiten gesichert werden. Allein dies wird durch die das dingliche Recht des Vermächtnisnehmers hinsichtlich der Realisierung einschränkenden Bestimmungen des geltenden Rechts und namentlich der preußischen Gesetzgebung vollauf erreicht. Was die Motive gegen die hieraus angeblich entspringende „Zwittergestaltung" einwenden (S. 135), ist ohne alles praktische Gewicht. Jedenfalls hat der Vermächtnisnehmer den gleichen Anspruch auf Sicherung seines Rechts gegen willkürliche Verfügungen des Erben über den vom Erblasser nun doch einmal ihm und nicht dem Erben zugedachten Gegenstand. Wenn der Erblasser den einen Verwandten zum Erben eingesetzt und dem anderen sein Landgut oder sein Haus oder sein Mobiliar vermacht hat, so wird man es dem Volksbewußtsein niemals plausibel machen, daß nun beide Bedachte mit ganz ungleichem Maße gemessen werden und der Vermächtnisnehmer, falls es dem Erben oder dessen Gläubigern beliebt, sich mit einem Ersatzanspruch in Gelde begnügen muß und im Falle der Insolvenz des Erben vielleicht ganz leer ausgeht. Der Trost der Motive, daß ja der Erblasser den Vermächtnisnehmer durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers sichern könne, ist wieder nur auf reiche und vorsichtige Leute gemünzt.

Im übrigen schließt sich der Entwurf im wesentlichen dem geltenden Recht an. B e s c h w e r t e r ist im Zweifel der Erbe, kann aber auch ein Vermächtnisnehmer sein; mehrere Beschwerte gelten als verhältnismäßig belastet (§§ 1842—1843). Der B e d a c h t e kann stillschweigend bezeichnet sein (§ 1844); ist ein Erbe bedacht, so liegt ein „Vorausvermächtnis" (Prälegat) vor, das der Erbe annehmen kann, wenn er auch die Erbschaft ausschlägt (§ 1845); mehrere mit demselben Gegenstande Bedachte werden analog wie Miterben behandelt (§ 1846); unter ihnen gilt Anwachsungsrecht (§§ 1870—1872). Der G e g e n s t a n d des Vermächtnisses darf nicht unbestimmt sein (§ 1847). Je nachdem der vermachte Gegenstand angeblich oder wirklich dem Erblasser, dem Beschwerten, dem Bedachten oder einem Dritten gehört, gelten specielle Regeln über Wirksamkeit und Auslegung des Vermächtnisses (§§ 1848 bis 1852). Durch Unmöglichkeit, Gesetzwidrigkeit und Unsittlichkeit der Leistung zur Zeit des Erbfalles wird das Vermächtnis (mit gewissen Ausnahmen beim Forderungsvermächtnis) nichtig (§§ 1853—1856).

Das Vermächtnis der Erbschaft eines Dritten, welches insoweit, als der Dritte zur Zeit des Erbfalles noch lebt, nichtig ist (§ 1857), folgt im übrigen der Analogie des Erbschaftskaufes (§ 1858). Der Umfang des Vermächtnisses richtet sich hinsichtlich der Zubehörungen einer vermachten Sache und der Ausdehnung eines vermachten Inbegriffs nach der Zeit des Erbfalles und wird durch die vermutete Mitübertragung der auf dem Gegenstande ruhenden Lasten eingeschränkt (§§ 1859—1861). Bei dem Wahlvermächtnis hat im Zweifel der Beschwerte die Wahl; auf ihn geht (abweichend vom Preußischen Landrecht) die Wahl auch dann über, wenn ein zur Wahl berufener Dritter nicht wählen kann oder will (§ 1862). Als Wahlvermächtnis gilt auch das Gattungsvermächtnis, falls die Auswahl auf die im Nachlaß befindlichen Sachen beschränkt sein soll (§ 1864), während bei dem reinen Gattungsvermächtnis die Wahl auf „eine den Verhältnissen des Vermächtnisnehmers entsprechende Sache" fallen muß (§ 1863). Der „Vermächtnisanspruch" (§ 1865), dem zuliebe das Erlöschen einer vermachten Forderung des Erblassers gegen den Erben durch Vereinigung besonders ausgeschlossen werden muß (§ 1866), entsteht für den Vermächtnisnehmer von Rechts wegen mit dem „Anfall des Vermächtnisses"; dieser Anfall erfolgt mit dem Erbfall, wird jedoch (abweichend vom preußischen Recht) bei einem suspensiv bedingten Vermächtnis bis zum Eintritt der Bedingung und zu Ungunsten eines beim Erbfall noch nicht empfangenen oder bestimmten Bedachten bis zu der Geburt desselben oder dem Eintritt des bestimmenden Ereignisses hinausgeschoben (§ 1867). Das Vermächtnis erlischt, wenn der Vermächtnisnehmer den Erblasser nicht überlebt (§ 1868). Es soll aber auch in ähnlicher Weise wie die Nacherbschaft unwirksam werden, wenn der Anfall nicht binnen dreißig Jahren nach dem Erbfall erfolgt (§ 1869). Doch ist die Zeitbeschränkung hier milder gefaßt. Denn bei dem bedingten Vermächtnis wird nicht nur durch längeres Leben des Beschwerten, sondern auch durch längeres Leben des Bedachten die Wirksamkeit über dreißig Jahre hinaus erstreckt. Das Vermächtnis zu Gunsten einer beim Erbfall noch nicht empfangenen oder bestimmten Person erlischt, wenn der Beschwerte gestorben und ein Zeitraum von dreißig Jahren ohne Eintritt des Anfalles verstrichen ist: allein hier wird wenigstens ein mehrmaliger Wechsel der Person des Beschwerten nicht ausgeschlossen und nur im Falle eines Successivvermächtnisses stets der zweite Beschwerte als der letzte Beschwerte behandelt, dessen längere Lebensdauer dem Vermächtnis die Wirksamkeit über dreißig Jahre hinaus rettet. Immerhin kehren auch hier die oben gegen die

Beschränkungen der Nacherbschaft erhobenen Bedenken teilweise wieder [1]). Wie es sich verhalten soll, wenn eine juristische Person beschwert oder bedacht ist, hat der sonst so ängstlich fürsorgende Entwurf wiederum anzuordnen vergessen. Der Vermächtnisnehmer kann das Vermächtnis durch eine nach dem Erbfalle dem Beschwerten gegenüber abgegebene Erklärung ausschlagen oder mit der Wirkung des Verlustes dieses Ausschlagungsrechtes annehmen; er kann von mehreren Vermächtnissen das eine ausschlagen und das andere annehmen; im übrigen gilt die Analogie der Ausschlagung und Annahme einer Erbschaft (§ 1873). Unwirksam wird das Vermächtnis durch Erbunwürdigkeit (§ 1874). Die Unwirksamkeit eines Vermächtnisses kommt, soweit nicht Anwachsung oder Ersatzberufung entgegensteht, dem Beschwerten zu gute (§ 1875). Der Wegfall des Beschwerten ist dem Vermächtnisnehmer unschädlich; an die Stelle des ersten Beschwerten tritt dann derjenige, dem dessen Wegfall zu statten kommt (§ 1876). Hinsichtlich des durch den Vermächtnisanspruch begründeten Schuldverhältnisses setzt der Entwurf die Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln des Obligationenrechtes voraus und bringt nur einige erläuternde und ergänzende Zusatzvorschriften über die Erfüllungszeit (§ 1877), den Anspruch auf Früchte und Zuwachs (§ 1878), die Gewährleistungspflicht bei einem Gattungsvermächtnis (§ 1879) und den Ersatz von Verwendungen (§ 1880); die Falcidische und Trebellianische Quart schafft er ab und gewährt nur dem Beschwerten ein Kürzungsrecht wegen Überbürdung, welches er insoweit, als es dem Erben zusteht, an anderer Stelle behandelt, hier aber insoweit regelt, als es dem beschwerten Vermächtnisnehmer und demjenigen Beschwerten, der selbst eine Kürzung erleidet, zugestanden wird (§§ 1881—1882). Schließlich spricht er von der Ersatzberufung zu einem Vermächtnis, die den Regeln der Ersatzerbschaft folgen soll (§ 1883), und von dem „Nachvermächtnis", das er mit der schon erwähnten zeitlichen Schranke ohne weitere Einschränkungen zuläßt,

---

[1]) Man nehme an, daß jemand ein Landgut hintereinander seiner älteren Schwester, seiner jüngeren Schwester und dem zweitältesten männlichen Nachkommen des zur Zeit noch im Kindesalter stehenden einzigen Sohnes seines verstorbenen älteren Bruders vermacht hat. (Er ist hierzu durch das Vorhandensein eines nach Erstgeburtrecht vererblichen Familienfideikommisses, das der Neffe besitzt, veranlaßt.) Wird nun 31 Jahre nach dem Erbfall ein zweiter Sohn des Neffen geboren, so bekommt derselbe das Gut, falls die ältere Großtante noch lebt, geht aber nach § 1869 Abs. 2 Satz 2 leer aus, falls bereits die jüngere Großtante zum Besitz gelangt ist. Läßt man derartige Verfügungen einmal zu, so darf man nicht ein so unangemessenes Ergebnis ermöglichen.

auf das er jedoch bei dem Mangel dinglicher Wirksamkeit des Vermächtnisses die Grundsätze der Nacherbschaft nicht anwenden kann, sondern nur einige unerhebliche Auslegungsregeln überträgt (§§ 1884—1885).

Von dem Vermächtnis unterscheidet der Entwurf die „Auflage" (Tit. 5), unter welcher er eine Beschwerung eines Erben oder Vermächtnisnehmers mit einer Verpflichtung zu einer Leistung „ohne Zuwendung an einen anderen" versteht (§ 1757). Auf die Auflage sollen einige Vorschriften des Vermächtnisrechtes entsprechende Anwendung finden (§ 1886). Durch die Unwirksamkeit (insbesondere die Unmöglichkeit) der Auflage soll im Zweifel die Wirksamkeit der beschwerten Zuwendung nicht berührt werden (§ 1887). Der Auflage entspringt nicht wie dem Vermächtnis ein Gläubigerrecht, wohl aber ein Recht des Testamentsvollstreckers, des Erben oder Miterben, des am Wegfalle der Zuwendung Interessierten und im Falle des öffentlichen Interesses auch der zuständigen Behörde, „die Vollziehung zu fordern" (§ 1888). Die Motive erklären dies Recht für ein „mehr formales" (?), gleichwohl aber für ein „Forderungsrecht", das den allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechts insoweit unterworfen sei, als nicht aus dem Mangel eines Vermögensinteresses des Berechtigten sich das Gegenteil ergebe (S. 214). Indes kann hier von einem „Forderungsrecht" im technischen Sinne überhaupt nicht die Rede sein; ein solches ist ohne irgend ein materielles Schuldverhältnis nicht denkbar. Wer vom Gesetz die Ermächtigung empfängt, auf Vollziehung einer reinen Auflage (also z. B. auf Setzung eines Denkmals für den Verstorbenen, Errichtung einer Stiftung, Speisung von Armen, Verpflegung eines Tieres) zu klagen, wird zum Vollstrecker des erblasserischen Willens und somit zu einer eigenartigen erbrechtlichen Stellung berufen, nicht aber in eine Obligation hineingesetzt. Er hat als Wächter der Pietät und Sitte eine sociale Funktion zu erfüllen. Um so weniger ist es zu billigen, daß der Entwurf sich nicht entschlossen hat, zwecklose, unverständige oder lediglich für andere Personen lästige Auflagen für unwirksam zu erklären. Die Motive (S. 213) berufen sich gegen eine derartige Bestimmung auf den großen Grundsatz des Entwurfes, daß jedermann seine Rechte mißbrauchen darf, mithin auch „der Mißbrauch des eigenen Vermögens über den Tod hinaus" gestattet sein muß. In der That entfaltet sich ja, wenn das Privateigentum in der Chicanefreiheit gipfelt, die schönste Blüte desselben erst in der Möglichkeit, andere Leute noch nach dem Tode zu chicanieren. Eine gesunde Rechtsordnung aber darf ihre Zwangsmittel nur insoweit dem Willen Verstorbener zu Gebote stellen, als derselbe ein vernünftiges Interesse zur Geltung bringt.

Das Institut der „Testamentsvollstrecker“ (Tit. 6) regelt der Entwurf insofern sachgemäß, als er dem Testamentsvollstrecker nicht bloß eine obligationenrechtliche Stellung gegenüber dem Erben, sondern eine „absolute Rechtsstellung“ einräumt, die er mehrfach als „Amt“ bezeichnet. Dieses „Amt“ kann lediglich durch eine letztwillige Verfügung des Erblassers, der aber die Benennung der berufenen oder substituierten Person auch einem Dritten überlassen kann, übertragen werden (§§ 1889—1891). Es beginnt mit der Annahme durch eine an das Nachlaßgericht abgegebene Erklärung (§ 1892) und erlischt durch Tod oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, durch Aufkündigung gegenüber dem Nachlaßgericht und durch Amtsenthebung seitens des Nachlaßgerichtes auf Antrag eines Beteiligten (§§ 1894—1896), während dem Erben ein Kündigungsrecht nicht zusteht. Mehrere Testamentsvollstrecker können mangels anderer Anordnung nur gemeinschaftlich handeln (§ 1893). Was nun aber den Inhalt der Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers betrifft, so wird der Entwurf dem eigentlichen Gedanken dieses deutschrechtlichen Institutes nur teilweise gerecht. Die Motive meinen zwar, es sei der juristischen Konstruktion durch die Vorschriften des Entwurfes nicht vorgegriffen. Allein überall liegt eine ganz bestimmte Auffassung zu Grunde, welche in § 1903 hinsichtlich der Prozeßvertretung sogar ausdrücklich legalisiert wird. Der Testamentsvollstrecker wird als ein vom Erblasser (nach Analogie des ernannten Vormundes) berufener gesetzlicher Vertreter des insoweit durch den Willen des Erblassers in der Verfügungsmacht beschränkten Erben gedacht. Die Motive (S. 236) rühmen dem Entwurfe nach, daß derselbe hiermit „Klarheit in ein dunkles Institut“ gebracht habe; dasselbe sei nunmehr „dem Rechtssysteme in einer Weise einverleibt, daß nicht Widersprüche mit allgemeinen Grundsätzen sich herausstellen und daß nicht das ganze Institut als eine Anomalie erscheint, welche einen ganz fremdartigen Charakter an sich trägt“. Übersetzen wir, wie dies die Sprache der Motive stets zuläßt, „Rechtssystem“ mit „Pandektensystem“, „klar“ oder „allgemein“ mit „romanistisch“, „dunkel“, „anomal“ und „fremdartig“ mit „deutsch“, so bedeutet dieser Triumphgesang die gelungene Romanisierung des Instituts. Sollen einmal nur die bereits im römischen Recht ausgebildeten Begriffe Geltung haben, so ist offenbar diese schon in der älteren romanistischen Jurisprudenz beliebte Anlehnung an die Vormundschaft („executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur“) den neueren Mandatstheorieen vorzuziehen. Es ist immerhin gegenüber den durch die Mandatstheorieen hervorgerufenen Entstellungen und Verstümmelungen ein Vorzug, daß der Entwurf zwar in einzelnen

Beziehungen auf die „entsprechende Anwendung" der Regeln über den Auftrag verweist (§§ 1895, 1908 und 1909), aber doch grundsätzlich das Verhältnis auf einen anderen Boden stellt. Allein dem wahren Wesen der Testamentsvollstreckung, wie dasselbe zuerst von Beseler in seiner von den Motiven trotz zahlreicher Litteraturangaben nicht erwähnten klassischen Abhandlung aufgedeckt und geschichtlich begründet ist, widerspricht jede Konstruktion, welche in dem Testamentsvollstrecker lediglich einen Vertreter des Erben erblickt[1]). Der Testamentsvollstrecker ist ein selbständiger Vertreter des Erblassers, er ist dessen für einen bestimmten Bereich eingesetztes Willensorgan, er ist ein von der Rechtsordnung, welche die Ausführung des Willens Verstorbener innerhalb gewisser Schranken als ein schutzwürdiges Interesse betrachtet, anerkannter Träger einer socialen Funktion. Was in aller Welt soll den Gesetzgeber hindern, den Gedanken einer eigenartigen und nur sich selbst gleichen erbrechtlichen Vertretung aufzunehmen und durchzuführen? Ist er denn der Sklave romanistischer Dogmen, der keinen freien Schritt aus deren Begriffsenge heraus wagen darf, sondern sich winden und drehen und nach künstlichen Analogieen suchen muß, um sich in vinculis mit den Anforderungen unseres Rechtslebens notdürftig abzufinden? Daß dies stets nur notdürftig gelingen kann, liegt auf der Hand. So gestaltet denn auch der Entwurf im einzelnen die Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers nicht im Sinne der freien und selbständigen Stellung aus, die demselben gebührt. Der Testamentsvollstrecker wird ermächtigt und „dem Erben gegenüber" verpflichtet, die letztwilligen Verfügungen zur Ausführung zu bringen (§ 1897), im Falle einer hierauf gerichteten Anordnung die Auseinandersetzung unter Miterben zu bewirken (§ 1898), Sachen in „Inhabung" zu nehmen, den Nachlaß festzustellen und zu verwalten (§ 1899); er kann die zur ordnungsmäßigen Verwaltung oder Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten erforderlichen Verfügungen über Nachlaßgegenstände treffen und in gleichem Umfange sogar Verbindlichkeiten eingehen, auch hierzu die Einwilligung des Erben fordern (§§ 1900 und 1902); er kann Prozesse anstrengen (§ 1903) und braucht im Wege der Zwangsvollstreckung Nachlaßgegenstände nur herauszugeben, wenn gegen ihn ein vollstreckbarer Titel auf Gestattung der Zwangsvollstreckung vorliegt, während er im übrigen einer Zwangsvollstreckung gegen Nachlaßgegenstände insoweit widersprechen kann, als durch dieselbe die Erfüllung von Nachlaßverbindlichkeiten beeinträchtigt würde (§ 1904). Und inzwischen ist dem Erben

[1]) Vgl. auch Fischer, Beiträge Heft 6 S. 60 Anm. 2.

die Verfügungsmacht über die durch die Testamentsvollstreckung noch gebundenen Nachlaßgegenstände und die Fähigkeit zur prozessualen Geltendmachung der gebundenen Rechte entzogen (§§ 1901 u. 1903 Abs. 1). Allein der Erbe bleibt der „Geschäftsherr", in dessen Namen der Testamentsvollstrecker handelt (Motive S. 227) und besitzt (Motive S. 231). Darum kann abweichend vom preußischen Recht der Erbe, solange er nicht rechtskräftig verurteilt ist, durch seinen Widerspruch die Vollziehung eines Vermächtnisses oder einer Auflage, die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit und jede Anordnung über die Auseinandersetzung mit einem Miterben hindern (§§ 1897 Abs. 2, 1899 Abs. 2. u. 1898 Abs. 3 u. 6). Der Testamentsvollstrecker seinerseits kann, von dem Falle der „Auflage" abgesehen, den Willen des Erblassers nicht im Wege einer selbständigen Klage gegen den Erben zur Geltung bringen: er kann weder auf Vollziehung eines Vermächtnisses noch auf Aufhebung des Widerspruches gegen eine von ihm angeordnete Teilungsmaßregel noch auf Gestattung der Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit klagen (§§ 1897 Abs. 4, 1898 Abs. 4 und 1899 Abs. 2). Nach außen hin ist er zur Prozeßführung für den Nachlaß zwar aktiv, aber nicht passiv legitimiert; vielmehr kann die Geltendmachung von Nachlaßverbindlichkeiten nur gegen den Erben erfolgen (§§ 1903 Abs. 2 und 1904). Auch hat er nicht die Macht, das Inventarrecht aufzugeben, das Aufgebot der Gläubiger zu veranlassen oder in Prozesse des Erben als Nebenintervenient einzutreten (Motive S. 240). Durch den erblasserischen Willen können seine Befugnisse eingeschränkt, nicht aber erweitert werden (§ 1905). Der Erblasser kann ihm insbesondere die Verpflichtung zur Aufstellung und Mitteilung eines gehörigen Vermögensverzeichnisses nicht erlassen (§ 1906) und die ihm auferlegte Pflicht zu einer spätestens jährlichen Rechnungslage nicht ausschließen oder beschränken (§ 1908 Abs. 2—3). In eine besonders drückende Abhängigkeit vom Erben wird er dadurch versetzt, daß er demselben auf Verlangen schon vor Ausführung der Verfügungen des Erblassers Nachlaßgegenstände ausliefern und Verfügungen über solche bewilligen muß, insoweit dadurch die Ausführung des Testamentes nicht beeinträchtigt wird (§ 1907). Das aus der Geschäftsführung entspringende Verhältnis zwischen dem Vollstrecker und dem Erben soll im übrigen nach Analogie des Mandats beurteilt werden (§ 1908 Abs. 1). In Ermangelung anderer Anordnung hat der Testamentsvollstrecker einen Anspruch auf eine angemessene Vergütung (§ 1909).

Die „Errichtung letztwilliger Verfügungen" (Tit. 7)[1])

[1]) Vgl. Stein, Gutachten S. 470—477; Petersen S. 60—72.

wird vom Entwurf an eine „persönliche Erklärung“ des Erblassers gebunden (§ 1911)[1] und unter Festsetzung des Alters der Testiermündigkeit auf sechzehn Jahre[2] auch dem beschränkt Geschäftsfähigen ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gestattet (§ 1912). Hierdurch wird abweichend von dem in fast ganz Deutschland bestehenden Rechtszustande dem entmündigten Verschwender die volle Testierfähigkeit verliehen (Motive S. 249 ff.), was schwerlich Billigung verdient.

Schlechthin verboten werden gemeinschaftliche Testamente (§ 1913), so daß insbesondere auch die in fast ganz Deutschland tief eingewurzelte Sitte der gemeinschaftlichen und zwar regelmäßig wechselseitigen Testamente unter Ehegatten den Todesstoß empfangen soll. Man mag an sich die Daseinsberechtigung dieser Zwitterbildung zwischen Testament und Erbvertrag bezweifeln. Allein alle von den Motiven (S. 253 ff.) vorgetragenen Bedenken reichen nicht aus, um einen so gewaltsamen Eingriff des Gesetzgebers zu rechtfertigen. Daß ein Ehepaar gemeinsam von Todes wegen verfügt, liegt in der Natur der Sache und entspricht dem Wesen der Ehe. Der Erbvertrag unter Ehegatten ist in manchen Fällen nach § 1942 unzulässig, vermag nicht immer die Intentionen der Beteiligten zu verwirklichen und wird überdies nicht überall leicht Eingang finden. Der Gesetzgeber muß auch in solchen Fällen dem Ehepaar eine gemeinsame Verfügung ermöglichen und darf demselben nicht getrennte Verfügungen mit doppelten Kosten aufnötigen. Der Entwurf hätte daher gleich dem preußischen und österreichischen Recht das gemeinschaftliche Testament zwar im übrigen ausschließen, jedoch unter Ehegatten (und Verlobten) zulassen und hierbei das Erforderliche über das Verhältnis korrespektiver beiderseitiger Anordnungen festsetzen sollen[3].

Als „ordentliche Testamentsform“ erkennt der Entwurf zweckmäßigerweise unter Abschaffung des Privattestaments und des testamentum holographum nur die gerichtliche oder notarielle Form an (§ 1914)[4], wobei es dem Landesgesetz vorbehalten bleibt, die

---

[1]) Bähr S. 165 wünscht (namentlich für Frauen) Zulassung der Überreichung des Testaments bei Gericht durch Specialbevollmächtigte.

[2]) Zródłowski S. 51 will die Testamentsmündigkeit erst mit 18 Jahren eintreten lassen.

[3]) So auch Bähr S. 252, Kühnast, Erbrecht S. 88—90, Klöppel S. 362—363, Petersen S. 64—72, Gutachten für den 20. Juristentag von Laué Bd. 2 S. 3—12 u. Wilke ebenda S. 13—29 (formulierte Vorschläge auf S. 28—29). — A. M. Stein S. 476—477.

[4]) Zustimmend auch Stein S. 471 ff. u. Petersen S. 61—62.

eine oder die andere der beiden Formen zur ausschließlichen zu erheben (E. G. Art. 91 Abs. 3). Der Richter muß einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen oder statt der letzteren kraft landesrechtlicher Ermächtigung eine hierzu angestellte Urkundsperson, der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen (§ 1915). Über die Gründe, welche eine Person von der Mitwirkung in einer dieser Rollen absolut oder relativ ausschließen, werden eingehende Vorschriften gegeben (§§ 1916—1917). Die Errichtung der letztwilligen Verfügung erfolgt entweder durch mündliche Erklärung oder durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift unter der mündlichen Erklärung, daß darin die Verfügung enthalten sei (§ 1918). Über den Hergang muß ein Protokoll in deutscher Sprache aufgenommen, von dem Erblasser nach erfolgter Vorlesung genehmigt und unterschrieben und zum Schlusse von allen Mitwirkenden unterschrieben werden (§ 1919). Erklärt der Erblasser, nicht schreiben zu können, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt (§ 1920)[1]. Wer stumm oder am Sprechen verhindert ist, kann nur durch Übergabe einer Schrift unter schriftlicher Abgabe der erforderlichen Erklärung vor den mitwirkenden Personen testieren (§ 1921); wer Geschriebenes nicht zu lesen vermag (also auch der Blinde), muß seinen letzten Willen mündlich erklären (§ 1922). Ist der Erblasser nach seiner Erklärung der deutschen Sprache nicht mächtig, so bedarf es der Zuziehung eines vereidigten Dolmetschers und einer Übersetzung des Protokolls; sind sämtliche mitwirkende Personen nach ihrer Versicherung der fremden Sprache mächtig, so ist ein Dolmetscher entbehrlich, das Protokoll aber muß dann sowohl in der deutschen wie in der fremden Sprache aufgenommen werden (§ 1923). Weitere Vorschriften des Landesrechts, welche sich auf die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden beziehen, kommen zur Anwendung, bedingen aber nicht die Gültigkeit des Testaments (§ 1924).

„Außerordentliche Testamentsformen“ kennt der Entwurf bei dringender Lebensgefahr, bei eingetretener Verkehrssperre, bei der letztwilligen Verfügung während einer Seereise und bei der letztwilligen Verfügung eines Gesandten oder Berufskonsuls des Reiches oder eines im Reichsdienst angestellten Mitgliedes des Gesandtschafts- oder Konsulatspersonales im Auslande (§§ 1925—1931). Das Testament bei dringender Lebensgefahr kann vor dem Gemeindevorsteher und zwei Zeugen, das Testament bei eingetretener Verkehrssperre in

[1]) Die Abschaffung der Handzeichen tadelt Kühnast, Erbrecht S. 87—88; gegen ihn Petersen S. 62—63.

derselben Form oder durch eine eigenhändig ge- und unterschriebene und datierte Erklärung oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen, das Seetestament in einer der beiden letztgedachten Formen, das Gesandtentestament durch eine eigenhändig ge- und unterschriebene und datierte Erklärung und Übersendung derselben an den Reichskanzler errichtet werden. Alle in außerordentlicher Form errichteten Testamente verlieren ihre Kraft mit Ablauf einer dreimonatlichen bezw. beim Gesandtentestament einjährigen Frist seit dem Wegfall der an der Anwendung der ordentlichen Testamentsform hindernden Lage. Außerdem soll durch das Einführungsgesetz (Art. 26) der Bereich des Militärtestaments zu Gunsten der auf einem Schiff oder Fahrzeug der Kriegsmarine befindlichen Personen erweitert werden. Dagegen will der Entwurf alle sonstigen dem geltenden Recht bekannten Formerleichterungen (also z. B. für Anordnungen über die Erbschaftsteilung unter den Kindern, für Ergänzungen eines bereits vorhandenen Testamentes, für geringfügige Vermächtnisse, für Zuwendungen zu frommen Zwecken, für Verfügungen über das Begräbnis, die Bevormundung und die Testamentsvollstreckung) abschaffen (Motive S. 289—295). Am meisten würde wohl die Möglichkeit der Zusatzbestimmungen zu einem früheren Testament in der Form vorbehaltener „Nachzettel" vermißt werden. Solche Nachzettel sind im Gebiet des preußischen Rechts überaus gebräuchlich und entsprechen einem wirklichen Bedürfnis. Man mag sie auf minder erhebliche Verfügungen einschränken. Zwingt man aber jedem Erblasser, der an einem vor Jahren errichteten Testament eine Kleinigkeit ändern, einem seitdem bewährten treuen Diener ein Vermächtnis zuwenden oder eine Summe für einen inzwischen ihm nahe getretenen gemeinnützigen Zweck aussetzen will, die Umstände und Kosten der ordentlichen Testamentsform auf, so wird überaus häufig der „letzte" Wille des Erblassers unausgeführt bleiben[1]).

Der Entwurf trifft ferner Bestimmungen über die amtliche **Verschließung und Verwahrung** der Testamentsurkunden (§ 1932) über die **Aufhebung** letztwilliger Verfügungen durch Widerruf (§§ 1933—1935) oder widersprechende spätere Verfügung von Todes wegen (§ 1936), über die **Ablieferung** der Testamentsurkunden an das Nachlaßgericht nach Eintritt des Erbfalles (§ 1937), über die **Verkündung** des Testamentes (§ 1938) und über die **Benach-**

---

[1]) Vgl auch **Bähr** S. 552. A. M. **Kühnast**, Erbr. S. 87, **Petersen** S. 63. — **Kuntze**, Betracht. S. 24, verlangt Zulassung des Privattestaments in außerordentlichen Fällen.

richtigung der bei der Verkündung nicht anwesenden Beteiligten (§ 1939). Den Widerruf durch einfache Willenserklärung knüpft der Entwurf an die Testamentsform[1]), läßt aber auch die vorsätzlich und mit dem Willen der Aufhebung erfolgte Vernichtung oder Kassation der Urschrift des Testamentes durch den Erblasser und die auf das Verlangen der Herausgabe aus der amtlichen Verwahrung vom Erblasser persönlich vollzogene Empfangnahme der Urkunde als Widerruf gelten.

Neben der letztwilligen Verfügung läßt der Entwurf in Übereinstimmung mit dem geltenden deutschen Recht die „Verfügung von Todes wegen durch Vertrag“ zu, von der er im dritten Abschnitt handelt. Er bringt freilich dem unrömischen Institut eine besondere Sympathie nicht entgegen (Motive S. 311), kann sich aber der Notwendigkeit dieses Zugeständnisses an Geschichte und Leben nicht verschließen. So nimmt er den Erbvertrag ohne Einschränkung seines Anwendungsgebietes auf und erkennt sowohl den Erbzuwendungsvertrag in der doppelten Gestalt des „Erbeinsetzungsvertrages“ und des „Vermächtnisvertrages“ wie den „Erbverzicht“ an. Daß er den Erbverzicht erst hinter der gesetzlichen Erbfolge in einem besonderen Abschnitt normiert, beruht auf einer überflüssigen, jedoch unschädlichen systematischen Pedanterie. Die innere Einheit des Institutes der Erbverträge wird dadurch nicht zerstört. Denn der Entwurf geht durchweg von der in der Entwicklung der letzten Jahrhunderte begründeten Auffassung aus, daß unmittelbar durch Vertrag hier wie dort erbrechtliche Wirkungen erzeugt werden, indem der Vertrag entweder in gleicher Weise wie eine letztwillige Verfügung ein Erbrecht schafft oder aber ein vorhandenes Erbrecht vernichtet[2]).

Der „Erbeinsetzungsvertrag“ kann eine Erbeinsetzung seitens jedes der Vertragschließenden und zwar sowohl die Erbeinsetzung

---

[1]) Durch bloßen Widerruf des Widerrufs wird nach § 1933 Abs. 2 die widerrufene letztwillige Verfügung nicht hergestellt. Hiergegen erklären sich Stein S. 475 und Petersen S. 63—64. Der letztere will überdies § 1936 Abs. 2 streichen.

[2]) Gegen die schrankenlose Zulassung der Erbeinsetzungsverträge erklärt sich Kühnast S. 16—29; er will sie erst nach dem dreißigsten Lebensjahre allgemein, vorher nur in rechtlicher Verbindung mit Ehe oder Adoption zulassen. Weiter geht Petersen S. 72—80; er will Erbeinsetzungsverträge und Vermächtnisverträge nur unter Verlobten und Ehegatten, außerdem höchstens noch in Verbindung mit einem Verpfründungsvertrage, gestatten, Erbverzichte ganz verbieten, mindestens aber in gleicher Weise wie Erbeinsetzungsverträge einschränken. Das wäre also das System des Code! — Durchweg für den Entwurf erklärt sich trotz einzelner Bedenken Stein S. 478—486.

des anderen Vertragschließenden als auch die eines Dritten enthalten (§ 1940). Eine persönliche Erklärung ist nur seitens des als Erblasser verfügenden Vertragsteiles unerläßlich (§ 1941). Mit Recht wird hier volle Geschäftsfähigkeit des Erblassers gefordert (§ 1942)[1]. Auch ist es zu billigen, daß der Entwurf den Einsetzungsvertrag an die ordentliche Testamentsform bindet (§ 1943 Abs. 1). Wenn er aber hier nur die mündliche Erklärung des Vertragsinhaltes vor den mitwirkenden Personen zuläßt und entgegen dem preußischen und sächsischen Recht die Verweisung auf ein Schriftstück ausschließt (§ 1943 Abs. 2), so ist dies um so unangemessener, als ja künftig jedem Ehepaar, welches gemeinschaftlich von Todes wegen verfügen will, nur der Weg des Erbvertrages offenstehen soll. Das von den Motiven allein beigebrachte Argument, daß „eine Mitteilung des Willens in der Natur des Vertrages liegt" (S. 316), entbehrt doch jeder Überzeugungskraft: ein schriftlich abgeschlossener und versiegelt überreichter Vertrag enthält ja die erforderliche gegenseitige Mitteilung, den Richter aber und den Notar und die Zeugen geht der Inhalt desselben nicht das mindeste an. Eine besondere Form der Niederschrift vor den mitwirkenden Personen wird hier zu Gunsten Stummer zugelassen (§ 1944). Hinsichtlich der Verschließung, Verwahrung und Verkündigung der Vertragsurkunde gelten die Regeln des Testamentsrechts mit einzelnen Abweichungen; insbesondere findet hier die Verschließung nur auf Verlangen statt und die Verkündigung erstreckt sich nicht auf die Verfügungen des noch lebenden Vertragsteiles (§ 1945). Die Vertragserbeinsetzung wird im allgemeinen den Vorschriften über die testamentarische Erbeinsetzung unterworfen (§ 1946). Doch haben hier Willensmängel nur dieselbe Wirkung wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden (§ 1947). Auch werden die Regeln über Anfechtung von Testamenten wegen Drohung, Betruges und Irrtums bei der Übertragung auf Erbverträge in einer Reihe von Punkten durch schwerfällig gefaßte Sätze modifiziert (§§ 1948—1949). Die Einsetzung eines Vertragsteiles, der zugleich gesetzlicher Erbe ist, als Vertragserbe soll im Zweifel dahin ausgelegt werden, daß der Vertragserbe nicht auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet habe (§ 1950). Durch den Erbeinsetzungsvertrag wird eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers, soweit die vertragsmäßige Einsetzung reicht, endgültig aufgehoben, eine spätere letztwillige Verfügung insoweit der Wirksamkeit beraubt, als sie das Recht des

[1]) Petersen S. 79 wünscht eine Ausnahme zu Gunsten minderjähriger Verlobter.

Vertragserben beeinträchtigt (§ 1953). Dagegen wird der Erblasser in der Verfügung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht beschränkt (§ 1951). Doch kann der andere Vertragschließende nicht nur einen Antrag auf Entmündigung wegen Verschwendung stellen (E. G. Art. 11 § 621 Abs. 4), sondern auch, wenn und soweit er Erbe geworden ist, die Herausgabe der Bereicherung aus einer Schenkung binnen drei Jahren vom Beschenkten fordern und die Erfüllung eines Schenkungsversprechens verweigern; ausgenommen sind die durch eine sittliche oder Anstandspflicht gebotenen Schenkungen (§ 1952). Das Vertragserbrecht ist unvererblich (§ 1954). Außer der Einsetzung eines Vertragserben kann der Erbeinsetzungsvertrag jede andere in einem Testamente zulässige Verfügung von Todes wegen enthalten (§ 1955). Doch kann, während bei Erbeinsetzungen und Vermächtnissen für die Bindung des Erblassers durch die vertragsmäßige Verfügung vermutet wird, durch eine andere Verfügung der Erblasser niemals gebunden werden (§ 1956). Wer also in einem Erbvertrage einen Testamentsvollstrecker ernennt, eine die ehemännlichen Rechte, die elterliche Gewalt oder die Vormundschaft betreffende Anordnung ausspricht oder eine Auflage trifft, kann diese Verfügung stets und selbst bei ausdrücklicher Vereinbarung des Gegenteils einseitig widerrufen. Daß bei gewissen familienrechtlichen Anordnungen und Auflagen dieses Ergebnis kaum angemessen ist, können die Motive nicht leugnen (S. 336). Das bindende Vermächtnis wird gegen den Wegfall durch thatsächliche oder rechtliche Verfügung unter Lebenden nicht geschützt; der Vertragsvermächtnisnehmer hat nur im Falle der Schenkung analoge Ansprüche gegen den Beschenkten wie der Vertragserbe (§ 1956 Abs. 3 Satz 2 u. Motive S. 337). Besondere Auslegungsregeln für die im Leben namentlich unter Ehegatten häufig einer gegenseitigen Erbeinsetzung hinzugefügte Bestimmung, daß nach dem Tode des zuletzt Versterbenden das Vermögen an die beiderseitigen Verwandten oder an sonst bezeichnete Personen fallen solle, stellt der Entwurf nicht auf. Sie wären trotz der Ausführungen der Motive (S. 337—339) doch sehr am Platze. Die Aufhebung des Erbeinsetzungsvertrages, die nur bis zum Tode eines Vertragsteiles zulässig ist, erfolgt durch einen an die Form des ursprünglichen Vertrages gebundenen Aufhebungsvertrag, den jedoch auch der beschränkt geschäftsfähige Erblasser und zwar ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters schließen kann, während es in Ansehung des unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehenden anderen Vertragsteiles der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf (§ 1957). Zulässig ist auch der Vorbehalt des einseitigen Rücktritts, der dann durch persönliche

und unwiderrufliche Erklärung des Erblassers in gerichtlicher oder notarieller Form vollzogen wird (§ 1958). Der gegenseitige Erbeinsetzungsvertrag wird, falls nicht ein anderer Wille erhellt, im Ganzen hinfällig, sobald die Verfügung auch nur eines Teiles ungültig ist oder auch nur ein Teil das vorbehaltene Rücktrittsrecht ausübt; mit dem Tode eines Teiles erlischt das Rücktrittsrecht des anderen (§ 1959). Analoge Vorschriften gelten für die Aufhebung jeder anderen in einem Erbeinsetzungsvertrag getroffenen bindenden Verfügung von Todes wegen, während die Aufhebung einer nicht bindenden Verfügung unter Testamentsrecht steht (§ 1960). Schließlich wird bei gegenseitigen Erbzuwendungsverträgen mit Rücktrittsvorbehalt dem überlebenden Teil für den Fall, daß er das ihm durch Vertrag Zugewendete ausschlägt, als Ersatz für das erloschene Rücktrittsrecht die Befugnis verliehen, seine eignen Verfügungen einseitig durch letztwillige Verfügung aufzuheben (§ 1961).

Den „Vermächtnisvertrag" unterstellt der Entwurf hinsichtlich der Errichtung und Aufhebung den Regeln des Erbeinsetzungsvertrages und im übrigen den Vorschriften über das in einem Erbeinsetzungsvertrage mit bindender Wirkung angeordnete Vermächtnis (§ 1962). Daneben schafft er die donatio mortis causa ab: die Schenkung von Todes wegen soll, sofern sie durch Veräußerung vollzogen ist, als Schenkung unter Lebenden, sofern nur ein Schenkungsversprechen erteilt ist, als Erbeinsetzungsvertrag oder Vermächtnisvertrag beurteilt werden (§ 1963).

Im vierten Abschnitt handelt der Entwurf von der „gesetzlichen Erbfolge" und zwar im ersten Titel von den „gesetzlichen Erben"[1]).

Nachdem er für die gesetzliche Erbfolge die Zeit des Erbfalles als bestimmend festgesetzt, jedoch der zu dieser Zeit schon empfangenen Leibesfrucht ihr Erbrecht gewahrt hat (§ 1964), normiert er die Erbfolge der Blutsverwandten im Sinne der Parentelenordnung. Die Motive halten es für erforderlich, ausdrückliche Verwahrung dagegen einzulegen, daß für die Wahl dieser Folgeordnung etwa „der Anschluß an eine deutsch-nationale Grundlage" mitbestimmend gewesen sei (S. 356). Man würde ihnen dies auch ohne besondere Versicherung glauben. Indes sind wir zufrieden, daß die sonstigen Vorzüge der Parentelenordnung den Makel ihrer deutschen Geburt überwunden haben. Als entscheidende Vorzüge werden von den Motiven die große „Einfachheit" und die Erzielung der „verhältnismäßig billigeren

[1]) Vgl. Petersen S. 80—95; Wilke, Gutachten S. 975—1014.

und angemesseneren Ergebnisse" anerkannt. Eine tiefere Auffassung wird das Hauptgewicht darauf legen, daß die Parentelenordnung unserer deutschen Vorstellung von der Gliederung der Sippe entspricht und den Gedanken der Übereinstimmung der Erbfolge mit der natürlichen Geschlechterfolge zum Ausdruck bringt. Das Vermögen wird für die kommenden Geschlechter gesammelt. So muß das Erbe abwärts fließen wie das Blut; es „klimmt nicht", solange es Nachkommenschaft vorfindet; muß es aber in Ermangelung solcher rückwärts emporsteigen zum älteren Geschlecht, so klimmt es nicht weiter, als unvermeidlich ist, und beginnt in dem Augenblick, in welchem es einen mit dem Erblasser durch einen gemeinsamen Vorfahren nächstverbundenen Stamm erreicht hat, sofort wieder abwärts zu strömen. — Im einzelnen führt der Entwurf das Prinzip der Parentelenordnung in den verschiedenen „Linien", wie er die Parentelen nennt (warum nicht „Stämme"?), insofern ungleichartig durch, als er in den beiden ersten Linien das Repräsentationsprinzip einfügt, in den übrigen Linien den entfernteren Grad durch den näheren ausschließen läßt. Er beruft also zunächst in der ersten Linie die Abkömmlinge des Erblassers ohne Alters- oder Geschlechtsvorzug nach dem Prinzip der gleichen Stammteilung (§ 1965). In der zweiten Linie beruft er Vater und Mutter zu gleichen Teilen, jedoch an Stelle eines vorverstorbenen Elternteils dessen Abkömmlinge nach der für die erste Linie geltenden Ordnung (§ 1966). Somit erkennt er das Schoßfallrecht nicht unbedingt an, kehrt aber auch nicht zum römischen Recht zurück, sondern gelangt mittels des Repräsentationsprinzipes dahin, daß der Schoßfall eintritt, wenn beide Eltern leben oder von dem verstorbenen Elternteil Nachkommenschaft nicht vorhanden ist, daß dagegen der überlebende Elternteil mit vollbürtigen Geschwistern oder deren Nachkommen nach Hälften teilt. Halbbürtige Geschwister konkurrieren hiernach mit vollbürtigen Geschwistern, falls der gemeinschaftliche Elternteil noch lebt, überhaupt nicht, falls derselbe verstorben ist und der andere Elternteil des Erblassers noch lebt, zu gleichen Anteilen, falls beide Eltern des Erblassers verstorben sind, zu halben Anteilen. Kinder, Enkel und fernere Abkömmlinge vorverstorbener Geschwister erben sowohl neben den Geschwistern als für sich allein nach Stämmen. Das Fallrecht („paterna paternis, materna maternis") mit allen seinen Ausflüssen ist verworfen. Aus dem Grundsatz der Stammteilung wird für die beiden ersten Linien die Folgerung gezogen, daß ein verschiedenen Stämmen angehöriger Erbe mehrere Anteile erhält, von denen jeder als besonderer Erbteil gilt (§ 1967). In der dritten Linie läßt der Entwurf lediglich die Gradesnähe entscheiden, so daß die Großeltern ohne Rücksicht auf ihre Zahl und auf ihre Zu-

gehörigkeit zur Vater- oder Mutterseite allein und zu gleichen Anteilen erben, ein allein überlebender Großelternteil alleiniger Erbe ist, in Ermangelung eines solchen die dem Grade nach nächsten Seitenverwandten zu gleichen Anteilen berufen werden (§ 1968). Genau dieselbe Ordnung führt der Entwurf in der vierten Linie und den ferneren Linien durch (§ 1969). Zwischen vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtschaft macht er hierbei keinen Unterschied. Eine Begrenzung der erbberechtigten Verwandtschaft kennt er nicht. Ausdrücklich spricht er schließlich den nach den vorangehenden Vorschriften selbstverständlichen Satz aus, daß ein Verwandter einer ferneren Linie nicht zur Erbfolge berufen ist, solange ein Verwandter einer näheren Linie vorhanden ist (§ 1970). Man wird dieser Folgeordnung im allgemeinen beistimmen können, jedoch in einigen wichtigen Punkten eine Abänderung wünschen müssen. Zunächst haben wir uns schon oben dagegen erklärt, daß den unehelichen Kindern nicht einmal ein außerordentliches Erbrecht gegen den Vater, dagegen sowohl der Mutter als den mütterlichen Verwandten gegenüber ein schlechthin gleiches Erbrecht wie den ehelichen Kindern zustehen soll (Motive S. 359)[1]). Sodann ist kein Grund einzusehen, warum das Repräsentationsprinzip, wenn es in den beiden ersten Linien rein durchgeführt wird, nicht auch in den ferneren Linien Anerkennung findet. Welche Unbilligkeiten der Mangel desselben namentlich in der dritten Linie veranlassen kann, heben die Motive selbst hervor (S. 365). Was aber die befürchtete Zersplitterung der Erbschaften betrifft, so dürfte dieselbe, falls von den einer besonderen Folgeordnung bedürftigen ländlichen Grundstücken abgesehen wird, bei dem Übergange des Vermögens auf entferntere Verwandte eher vorteilhaft als nachteilig wirken[2]). Endlich hätte der Entwurf die Erstreckung des Erbrechtes in das Unbegrenzte aufgeben und gleich dem älteren deutschen Recht nur eine bestimmte Zahl von Parentelen zur Erbschaft berufen sollen. Im Anschluß an das Zürcher Gesetzbuch und andere schweizerische Gesetzbücher wäre mindestens die Beschränkung des Erbrechts auf die vier ersten Parentelen zu empfehlen. Die Frage ist freilich, zumal wenn nicht gleichzeitig die Testierfreiheit ein-

---

[1]) Vgl. oben S. 480. — Für den Entwurf Petersen S. 85—87.

[2]) Vgl. auch Bähr S. 553, Klöppel S. 365 u. bes. Petersen S. 88 bis 92. Letzterer giebt jedoch gewisse Modifikationen zu erwägen, durch welche in der dritten und besonders in der vierten Linie der Grundsatz der Stammteilung zu Ungunsten entfernterer Verwandten abgeschwächt werden könnte. Äußersten Falls würde er als einen gewissen Ersatz der Stammteilung die Teilung nach der väterlichen und mütterlichen Linie befürworten. Eine Änderung in der dritten Linie wünscht auch Wilke S. 984.

geschränkt wird, nicht von der ihr oft beigelegten großen praktischen Wichtigkeit. Immerhin entspricht in den vorkommenden Fällen sowohl unserem Rechtsbewußtsein als dem socialen Bedürfnis der Anfall des Vermögens an den Staat oder die Gemeinde besser als die Bereicherung ganz entfernter Blutsfreunde, die kein irgend gehaltvolles Familienband mit dem Erblasser verknüpft. Wir würden es freilich als einen sehr starken Eingriff in das Recht des Individuums empfinden, wenn dessen Testierfreiheit lediglich deshalb geschmälert würde, weil es ohne nähere Verwandte allein in der Welt steht. Stirbt aber jemand ohne Verfügung von Todes wegen und hinterläßt nicht einmal Verwandte von Urgroßeltern her, so hat ein gesetzliches Privaterbrecht keinen gesunden Boden. Beim Erbrecht wie beim Eigentum sollte man sich hüten, durch Überspannung des Begriffes den Gegnern dieser Institutionen Waffen zu liefern [1]).

Mit dem Verwandtenerbrecht läßt der Entwurf ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten konkurrieren, welches neben Nachkommen des Erblassers auf ein Viertel, neben Verwandten der zweiten Linie und neben einem Großelternteil auf die Hälfte und im übrigen auf das Ganze geht; in den Fällen, in denen Verwandte der zweiten oder dritten Linie mit dem Ehegatten teilen, gewährt er dem letzteren überdies einen „Voraus", der „das Haushaltsinventar, welches die Ehegatten im gewöhnlichen Gebrauch gehabt haben" mit Ausnahme von Grundstückszubehörungen und die Hochzeitsgeschenke umfaßt (§ 1971). Da der Entwurf, wie wir bereits gesehen haben, außer dem Falle der „fortgesetzten Gütergemeinschaft" Nachwirkungen des ehelichen Güterrechts nicht kennt, auch von Gerade, Morgengabe, Wittum, Widerlage, Leibgedinge und Musteil nichts weiß, so ist das eheliche Erbrecht die einzige Rechtsform, in welcher er den vom deutschen Recht in so mannigfacher Gestalt verwirklichten Gedanken einer Bevorzugung des überlebenden Ehegatten vor den Erben des verstorbenen sich anzueignen vermag. Soll hier eine vom ehelichen Güterrecht unabhängige einfache und gleichförmige Regel gelten, so darf jedenfalls hinter das vom Entwurf Gewährte nicht zurückgegangen werden [2]). Den wirklichen Lebens-

---

[1]) Für die Beschränkung des Erbrechts auf vier Parentelen vgl. auch Bähr S. 553, Klöppel S. 364, Petersen S. 82—85, Wilke S. 985. Petersen will auch entferntere Verwandte der vierten Parentel ausschließen, jedoch die Verwendung der dem Gemeinwesen anfallenden Erbschaften für gemeinnützige sociale Zwecke gesetzlich sichern. Die zahlreichen älteren Befürwortungen einer Begrenzung des Erbrechts verzeichnet Petersen S. 83 Anm. 72.

[2]) Insoweit können wir dem Vorschlage Bährs S. 554—556, der dem überlebenden Ehegatten, falls sein eignes Vermögen die Hälfte des Ehevermögens

verhältnissen aber wird diese mechanische und glatte Ordnung wenig gerecht. Der Entwurf hat es sich vor allem zum Ziel gesetzt, den „erbrechtlichen Nießbrauch" des überlebenden Ehegatten auszumerzen, weil „eine Bindung des Vermögens durch lebenslänglichen, nicht im Wege eines Rechtsgeschäftes herbeigeführten Nießbrauch von dem Standpunkte der Nationalökonomie aus als verwerflich anzusehen ist" (!), auch die angemessene Regelung der mit einem solchen Nießbrauch zu verknüpfenden Ausstattungspflicht und des Verhältnisses der Nachlaßgläubiger und der Gläubiger des überlebenden Ehegatten „sehr schwierig" sein würde (Motive S. 369). Dennoch entspricht, wie schon die häufige Begründung eines derartigen Verhältnisses durch Verfügung von Todes wegen zeigt, eine lebenslängliche Leibzucht des überlebenden Ehegatten am Ehevermögen in vielen Fällen den deutschen Anschauungen und wickelt sich ohne die gefürchteten Nachteile und Schwierigkeiten ab[1]). Wir sind oben für die Ausdehnung des Gedankens der fortgesetzten Hausgemeinschaft eingetreten. Derselbe ist keineswegs bloß bei der allgemeinen Gütergemeinschaft am Platze, muß aber natürlich bei jedem Güterstande eine besondere Ausgestaltung empfangen. Bei der Verwaltungsgemeinschaft und ebenso bei der teilweisen Gütergemeinschaft, insoweit nicht bei dieser hinsichtlich des Gesamtgutes vielmehr eine Form der fortgesetzten Gütergemeinschaft eintritt, würde dem überlebenden Ehegatten ein Recht des „Beisitzes" an den Erbteilen der gemeinschaftlichen Kinder zu gewähren sein. Das Hausvermögen bliebe also in seiner Hand vereinigt: sein lebenslängliches Besitz- und Nutzungsrecht an dem den Kindern vom verstorbenen Ehegatten angefallenen Vermögen wäre jedoch mit seiner Stellung als Familienhaupt verknüpft und familienrechtlich gebunden, so daß es mit einer Ausstattungspflicht belastet wäre, wegen Mißbrauches oder Unfähigkeit entzogen werden könnte und durch die Eingehung einer neuen Ehe regelmäßig erlösche. Die Größe der Erbteile könnte nach dem Vorschlage des Entwurfes festgesetzt werden; nur müßte einerseits dem überlebenden Ehegatten auch hier der „Voraus" gebühren, andrerseits ihm statt eines Viertels

---

erreicht, gar nichts, sonst den Nießbrauch an dem zur Ergänzung dieser Hälfte erforderlichen Teil des Nachlasses zuweisen will, nicht beitreten. Ebensowenig dem eventuellen Vorschlage von Petersen S. 94—95. — Für den Entwurf Wilke S. 986—987, der nur das Erbrecht nicht erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils, sondern schon mit Anstellung der Scheidungsklage erlöschen lassen will.

[1]) Vgl. Bähr S. 555 und bes. Petersen S. 92—94. Der letztere will indes dem überlebenden Ehegatten nichts als einen Nießbrauch gewähren und diesen zwar neben Verwandten der dritten Linie auf das Ganze, im übrigen aber nur auf die Hälfte erstrecken.

nur ein Kindesteil zufallen, sobald mehr als drei Kinder oder Stämme konkurrieren. Kein Raum für ein derartiges Recht des Beisitzes wäre bei dem System der ehelichen Gütertrennung. Von selbst versteht es sich, daß die Erbteile einseitiger Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten dem Nießbrauch des überlebenden Ehegatten nicht unterworfen werden dürften; das Verhältnis zu miterbenden Stiefkindern darf aber überhaupt nicht, wie im Entwurfe geschieht, mit dem Verhältnis zu miterbenden Kindern identisch normiert werden. Bei unbeerbter Ehe würde insoweit, als Gütergemeinschaft bestanden hat, mit der oben befürworteten Annahme des Konsolidationsprinzips ein besonderes eheliches Erbrecht ganz entfallen. Will man aber die Hälfte des Gesamtgutes als Nachlaß behandeln, so muß man daran dem überlebenden Ehegatten ein Alleinerbrecht gewähren. Denn es widerspricht dem Wesen der gütergemeinschaftlichen Ehe, wenn der überlebende Ehegatte etwas vom Gesamtgut an Eltern, Geschwister, Neffen und Nichten, Großeltern u. s. w. des verstorbenen Ehegatten herausgeben muß. Man denke nur an den bekannten Fall, in dem die Tochter reicher Eltern, welche eignes Vermögen noch nicht besitzt, kurz nach Abschluß einer gütergemeinschaftlichen Ehe stirbt und nun der Wittwer die Hälfte seines Vermögens (nach dem Entwurfe wenigstens ein Viertel) den Schwiegereltern abzutreten hat. Auch im übrigen aber dürfte bei unbeerbten Ehen als gesetzliche Regel die Erhaltung des gesamten Ehevermögens im Besitz und Genuß des überlebenden Ehegatten anzustreben sein. Eine lebenslängliche Leibzucht des überlebenden Ehegatten an den Erbteilen der Ascendenten und Seitenverwandten des verstorbenen Ehegatten ist daher keineswegs unangemessen, während das eheliche Erbrecht an der Substanz angesichts einer solchen Leibzucht enger begrenzt werden könnte. Bei der gesamten Ordnung der Erbrechte des überlebenden Ehegatten müßte endlich die gebührende Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des ländlichen Grundbesitzes und namentlich auf die bäuerlichen Verhältnisse genommen werden. Eine solche läßt der Entwurf hier wie überall vermissen.

Durch eine allgemeine Vorschrift sichert der Entwurf für den Fall, daß ein gesetzlicher Erbe durch Ausschlagung, Enterbung, Erbverzicht oder Erbunwürdigkeit wegfällt, dessen Erbteil den an seiner Stelle berufenen gesetzlichen Erben. Zu diesem Behufe stellt er die Fiktion auf, daß der wegfallende Erbe vor dem Erbfalle gestorben sei (§ 1972). Diese Fiktion schränkt er dann wieder durch eine andere Fiktion ein, kraft welcher „in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen sowie der Ausgleichungspflicht unter Abkömmlingen" der einem gesetzlichen Erben infolge einer solchen Todesfiktion zuwachsende Bruchteil der Erbschaft

„als ein besonderer Erbteil anzusehen“ ist, — eine Fiktion, die zugleich insoweit gelten soll, als ein gesetzlicher Erbe (oder vielmehr in der Sprache des Entwurfes „eine Person, welche gesetzlicher Erbe sein würde“) den Erblasser wirklich nicht überlebt hat. Welche verkünstelte Regelung! Welches für jeden Nichtjuristen unentwirrbare Versteckspiel!

In Ermangelung anderer Erben beruft der Entwurf den **Fiskus** desjenigen Bundesstaates, welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehört hat (§ 1974). Wie es bei mehrfacher Staatsangehörigkeit gehalten werden soll, bleibt unentschieden (Motive S. 379). Eine Ausnahme hinsichtlich der Grundstücke, welche doch an den Staat, in dessen Gebiet sie liegen, heimfallen müßten, wird als unvereinbar mit dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge abgelehnt. Die Rechtsstellung des Fiskus gestaltet der Entwurf durchaus im Sinne der Berufung desselben als gesetzlichen Erben aus. Dem Fiskus wird nur das Recht der Ausschlagung der Erbschaft entzogen, dafür aber ein unverlierbares Inventarrecht eingeräumt und bloß eine Verpflichtung auferlegt, den Nachlaßgläubigern über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu geben; auch soll der Fiskus als Erbe erst Ansprüche erheben und in Anspruch genommen werden können, nachdem das Nachlaßgericht den Mangel anderer Erben festgestellt hat (§ 1974 Abs. 2—5). Dem Landesgesetz wird die Anerkennung eines Heimfallsrechtes „anderer Personen“ als des Fiskus an erblosen Verlassenschaften vorbehalten (E. G. Art. 82). Überdies bleibt das landesgesetzliche Erbrecht des Fiskus oder einer Körperschaft oder Anstalt am Nachlaß einer verpflegten oder unterstützten Person unberührt (E. G. Art. 81)[1].

Im zweiten Titel handelt der Entwurf vom „**Pflichtteil**“. Unter Abschaffung jedes Noterbenrechts gewährt er den Abkömmlingen, den Eltern und dem Ehegatten ein Pflichtteilsrecht auf die Hälfte des Wertes ihres gesetzlichen Erbteiles, läßt aber aus dem Pflichtteilsrecht stets nur einen obligationenrechtlichen Anspruch gegen den Erben auf eine Geldleistung entspringen (§§ 1975—1976). Daß der Entwurf den auf Beseitigung oder wesentliche Schmälerung des geltenden Pflichtteilsrechtes gerichteten Bestrebungen kein Gehör geschenkt hat, ist rückhaltlos zu billigen. Die berechtigten Ziele, die man auf diesem Wege zu erreichen hofft, müssen auf andere Weise und zwar namentlich durch eine besondere Erbfolge in ländlichen Grundbesitz gesichert werden: eine schrankenlose Testierfreiheit würde vielleicht in einzelnen Fällen

[1] Vgl. Petersen S. 95 und über die Vorbehalte des E.G. S. 16—17; Wilke S. 987—988 (er will an Stelle des Fiskus überhaupt die Gemeinde berufen, zugleich aber alle Ausnahmesätze bezüglich der Heimfallserbfolge beseitigen).



wohlthätig wirken, im ganzen aber das Familienleben vergiften, Willkür und Selbstsucht entfesseln und unter Vernichtung aller Spuren der familienrechtlichen Gebundenheit des Eigentums den nackten Individualismus auf den Thron setzen[1]). Weit eher läßt sich die Frage aufwerfen, ob der Entwurf nicht der Testierfreiheit engere Schranken ziehen müßte. Vor allem entspricht die Verweisung des Pflichtteilsberechtigten auf eine bloße Geldforderung gegen den Erben wenig unserem germanischen Rechtsbewußtsein[2]). Daß jemand die eignen Kinder grundlos enterben und einen Fremden zur Gesamtnachfolge berufen kann, wird in den überwiegenden Kreisen des deutschen Volkes schwerlich als Recht empfunden. Näher steht uns das französische Recht, nach welchem umgekehrt der gesetzliche Erbe, falls er nicht rechtsgültig enterbt ist, Erbe bleibt, während die Verfügung des Erblassers über die freie Quote nur Vermächtnisnehmer schafft[3]). Handelt es sich nur um Bevorzugung eines gesetzlichen Erben vor anderen gleich nahen Erben, so kann man sich mit dem Grundsatz des Entwurfes allenfalls befreunden. Anders liegt die Sache, wenn ein Fremder zum Erben eingesetzt ist. Zwischen beiden Fällen besteht überhaupt eine tiefe innere Verschiedenheit, die eine gesunde Rechtsordnung zum Ausdruck bringen müßte[4]). Auch bei der Abmessung der Größe des Pflichtteils wäre eine Beachtung dieses Unterschiedes dem freilich durch seine Einfachheit bestechenden, jedoch in seiner mechanischen Gleichförmigkeit höchst ungerechten Maßstabe des Entwurfes vorzuziehen. Insoweit der Erblasser eine Verteilung des Nachlasses zwischen seinen Kindern oder zwischen ihnen und dem überlebenden Ehegatten vornimmt, mag man ihm stets die freie Verfügung über die Hälfte zugestehen. Dagegen darf man ihm zu Gunsten anderer Personen nicht dieselbe Freiheit zugestehen, wenn er ein oder zwei Kinder und wenn er ein ganzes Dutzend in die Welt gesetzt hat. In dieser Richtung muß die disponible Quote nach der Zahl der pflichtteilsberechtigten Stämme variieren. Es würde vollkommen genügen, wenn die freie

---

[1]) Vgl. meine Ausführungen in Schmollers Jahrb. Bd. XII S. 427 bis 428. Übereinstimmend Petersen S. 95—98.

[2]) Übereinstimmend Wilke S. 990—992. — A. M. Petersen S. 98, der es „durchaus angemessen" findet, daß der Pflichtteil lediglich in einer Geldforderung bestehen soll. Ebenso Kühnast, Erbrecht S. 16 ff., der aber darauf hinweist, daß der Name „Pflichtteil" nun eigentlich nicht mehr paßt, und dafür „Erbersatz" vorschlägt.

[3]) Ebenso Klöppel S. 354—360.

[4]) So auch Klöppel S. 356 ff., der die Konfundierung zweier so grundverschiedener Fragen lebhaft tadelt und es unerhört findet, daß die Kinder gegen Fremde die Hälfte als Forderung einklagen müssen.

Verfügung über einen Kindesteil gewährt würde[1]). Hierbei ist zu beachten, daß ja durch das Pflichtteilsrecht die Interessen der Familie nicht bloß gegen absichtliche Verletzung, sondern auch gegen Irrtümer und Unvorsichtigkeiten des Erblassers, der vielleicht sein Vermögen überschätzt oder nach eingetretenen Vermögensverlusten seine frühere Verfügung abzuändern versäumt hat, geschützt werden sollen. Wenn schließlich der Entwurf weder den ferneren Ascendenten noch den Geschwistern ein Pflichtteilsrecht zugesteht, so befindet er sich hierbei zwar in Einklang mit der Tendenz des neueren Rechts; immerhin bleibt zu erwägen, ob nicht der unbedingten Unterhaltspflicht, die diesen Verwandten auferlegt wird, auch ein Pflichtteilsrecht entsprechen müßte[2]).

Seiner Grundauffassung gemäß stellt der Entwurf die Auslegungsregel auf, daß „die Zuwendung des Pflichtteiles ohne nähere Bestimmung" im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen ist (§ 1977). Sicherlich würde die entgegengesetzte Auslegungsregel häufiger das Richtige treffen. Hier zeigt sich eben das Bedenkliche des ganzen Pflichtteilsbegriffes des Entwurfes.

Durch besondere Bestimmungen wird die Gestaltung des „Pflichtteilsanspruches" näher geregelt, je nachdem der Pflichtteilsberechtigte von der Erbschaft ausgeschlossen oder auf einen zu geringen Erbteil eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht oder mit einer Beschränkung oder Beschwerung eingesetzt oder bedacht ist (§§ 1978—1982). Der Pflichtteilsberechtigte empfängt stets eine Forderung auf den zur Ergänzung erforderlichen Geldbetrag. Ein Vermächtnis und eine beschränkte oder beschwerte Erbeinsetzung kann er ausschlagen und dann bei Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches als nicht erfolgt behandeln. Nimmt er aber an, so muß er alle „Beschränkungen" der Zuwendung durch Bedingungen oder Befristungen, durch Voreinsetzungen oder Substitutionen, durch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder durch Teilungsanordnungen, desgleichen alle „Beschwerungen" mit Vermächtnissen oder Auflagen und die gesetzliche „Belastung" mit Verpflichtungen gegen andere Pflichtteilsberechtigte tragen, ohne daß er sie bei der Berechnung des Pflichtteils in Ansatz bringen dürfte. Gegen die Gefahr, durch Nichtausschlagung der Erbschaft um seinen Pflichtteil zu kommen, wird der Pflichtteilsberechtigte einigermaßen durch eine spätere Specialbestimmung geschützt, nach welcher für ihn die Ausschlagungsfrist hinsichtlich eines beschränkten, beschwerten oder belasteten Erbteiles erst beginnt, nachdem er von der Beschränkung, Beschwerung

[1]) Hiermit stimmt auch Petersen S. 99 überein.

[2]) Vgl. Klöppel S. 345 ff. (oben S. 456 Anm. 1). A. M. Petersen S. 98—99.

oder Belastung Kenntnis erhalten hat (§ 2034 Abs. 1). Hier ist ihm dann auch eine unvorsichtige frühere Annahme unschädlich (§ 2033). Ein beschränktes oder beschwertes Vermächtnis kann er ohnehin jederzeit ausschlagen; dagegen giebt es hier, wenn er leichtsinnig angenommen hat, für ihn keine Hülfe mehr (§ 1873). Ist er bloß als Nacherbe eingesetzt, so kann er schon nach den Regeln über die Nacherbschaft sofort nach dem Erbfall ausschlagen und seinen Pflichtteilsanspruch erheben (§ 1832 Abs. 2); für den Fall der bloßen Berufung als Ersatzerbe empfängt er dasselbe Recht erst wieder durch eine spätere Ausnahmesatzung (§ 2034 Abs. 2). Hat der Pflichtteilsberechtigte glücklich die ihm drohenden Gefahren vermieden und rechtzeitig ausgeschlagen, so lauert für ihn noch eine weitere Gefahr. Denn wenn er nach Ausschlagung des ihm Hinterlassenen vergißt, das ihm nunmehr kraft gesetzlicher Erbfolge Anfallende noch besonders auszuschlagen, so kann er „möglicherweise seinen Pflichtteilsanspruch ganz verlieren, wenn der durch Beschwerungen erschöpfte gesetzliche Erbteil in Ermangelung einer zweiten Ausschlagung als von ihm angenommen gilt" (Motive S. 401). Hieran läßt sich nichts ändern. Der eingesetzte Erbe wird nur ermächtigt, die Erbschaft „in Ansehung aller Berufungsgründe mittels einer und derselben Erklärung auszuschlagen" und im Zweifel soll seine Erklärung im Sinne einer derartigen Maßnahme ausgelegt werden (§ 2038 Abs. 3). Handelt es sich freilich um ein beschwertes Vermächtnis, so kommt dem Pflichtteilsberechtigten diese Bestimmung nicht zu gute (§ 1873). Man sieht, daß künftig auch der Erbe die Tugenden eines geriebenen Geschäftsmannes besitzen muß, um nicht in den Schlingen des Gesetzes gefangen zu werden! Auch abgesehen hiervon ist diese dem gemeinen, preußischen, österreichischen, sächsischen und überhaupt allem geltenden Recht schroff widersprechende Ordnung insoweit, als materielle Beschwerungen in Frage stehen, durchaus unangemessen. Die Motive betonen freilich zutreffend, daß damit dem Gedanken der Testierfreiheit in möglichst weitem Umfange Genüge geschieht (S. 398 u. 400). Allein es ist gerade die Aufgabe des Pflichtteilsrechts, die Testierfreiheit einzuschränken. Wohl mag man den Erblasser für befugt erklären, durch ausdrückliche Anordnung dem Pflichtteilsberechtigten die Wahl zwischen der Zuwendung, wie sie geboten ist, und dem Pflichtteil aufzuerlegen (cautela Socini). Wenn jedoch der Entwurf gleichsam stets eine derartige Anordnung fingiert, so verstößt er gegen die Anschauungen des Lebens und gegen jedes gesunde Rechtsgefühl. Es ereignet sich nicht selten, daß jemand ohne alle familienwidrige Absicht seinen gesetzlichen Erben Vermächtnisse oder Auflagen (etwa behufs Errichtung einer großartigen Stiftung)

zumutet, die sich nachher (vielleicht infolge eines ihm selbst gar nicht mehr bekannt gewordenen Vermögensverlustes) als Überbürdungen herausstellen. Entspricht es da der Gerechtigkeit, daß die Kinder und der überlebende Ehegatte die Erbschaft ausschlagen müssen, um ihren Pflichtteil zu retten? Darf man hier dem Erblasser ohne weiteres die Absicht unterstellen, seine nächsten Angehörigen, falls sie nicht leer ausgehen oder erheblich verkürzt sein wollen, von der Nachfolge in seinen Grundbesitz oder sein Geschäft oder sein Mobiliar auszuschließen und auf eine nackte Geldforderung zu verweisen? Und wer soll denn nun eigentlich die ausgeschlagene Erbschaft übernehmen? Vermutlich kommt sie an den Fiskus! Pietätvollen Angehörigen gegenüber würde die rigorose Ordnung des Entwurfes oft wie ein moralischer Zwang zur Annahme der Erbschaft unter Verzicht auf den Pflichtteil wirken. Sie ist also geradezu darauf angelegt, in vielen Fällen das Pflichtteilsrecht illusorisch zu machen!

Der Entwurf sorgt ferner durch eine besondere Fürsorge dafür, daß der Pflichtteilsanspruch in jedem Stamme nur einmal geltend gemacht werden kann (§ 1983).

Behufs Berechnung des Pflichtteils stellt der Entwurf zunächst den Grundsatz auf, daß bei der Feststellung der Größe des Pflichtteils alle Personen mitgezählt werden, welche durch Ausschlagung oder durch Enterbung oder durch Erbverzicht oder durch Erbunwürdigkeit aus der Reihe der gesetzlichen Erben ausscheiden (§ 1984). Auch hier also entscheidet er sich im Sinne möglichster Erweiterung der Testierfreiheit. Folgerichtig wäre vielmehr (zumal im Hinblick auf die in § 1972 beliebte Fiktion des vor dem Erblasser erfolgten Todes der wegfallenden Erben) die entgegengesetzte Vorschrift. Dieselbe wäre aber auch angemessener. Das Pflichtteilsrecht muß sich nach der wirklichen, nicht nach der möglichen Erbfolge richten. Der Testierfreiheit wird hinreichend Rechnung getragen, wenn dem Erblasser die freie Verfügung über einen festen Bruchteil seines Gesamtvermögens gewahrt wird. Nach dem Entwurfe kann er ja stets über die Hälfte und bei unbeerbter Ehe, falls ein überlebender Ehegatte oder ein Elternteil mit nicht pflichtteilsberechtigten Verwandten konkurriert, sogar über drei Viertel disponieren. Es ist nicht einzusehen, warum diese disponible Quote sich durch Minderung der Erbenzahl erhöhen soll. Schlechthin ungerecht ist jedenfalls die Entscheidung des Entwurfes in den Fällen des entgeltlichen Erbverzichtes. Man nehme an, daß ein Vater, welcher drei Söhne hat, den ältesten Sohn von seinem 90000 Mark betragenden Vermögen mit 30000 Mark abgeschichtet und dieser Sohn hierfür auf sein Erbrecht verzichtet hat. Stirbt nun der Vater mit Hinterlassung

von 60 000 Mark, so beträgt nach dem Entwurfe der Pflichtteil jedes der beiden unabgefundenen Söhne nur 10 000 Mark, während derselbe, falls der Bruder nicht schon bei Lebzeiten des Vaters seinen Erbteil empfangen hätte, sich auf 15 000 Mark belaufen würde. Liegt hierin ein Sinn? Im übrigen soll bei der Berechnung des Pflichtteils der Bestand des Vermögens zur Zeit des Erbfalles zu Grunde gelegt werden (§ 1985). Demgemäß ist der Wert der Nachlaßgegenstände in diesem Zeitpunkte durch Schätzung zu ermitteln; dabei werden jedoch Rechte und Verbindlichkeiten unter einer auflösenden Bedingung als unbedingte in Ansatz gebracht, Rechte und Verbindlichkeiten unter einer aufschiebenden Bedingung sowie ungewisse oder unsichere Rechte und zweifelhafte Verbindlichkeiten außer Ansatz gelassen, während dem Erben wie dem Pflichtteilsberechtigten die Befugnis vorbehalten wird, je nach dem Ausfall das zu viel Gezahlte zurückzufordern oder das zu wenig Erhaltene nachzufordern (§ 1986). Der „Voraus" des Ehegatten soll zu dessen Gunsten als Bestandteil des Nachlasses mitberechnet, dagegen zu Ungunsten eines pflichtteilsberechtigten Elternteiles des Erblassers als nicht zum Nachlaß gehörend angesehen werden (§ 1987). Dem Erben wird eine Auskunftspflicht über den Bestand des Nachlasses auferlegt; der Erblasser kann dieselbe nicht wirksam erlassen, wohl aber die Betreibung der Nachlaßermittlung mit der Beschränkung auf den Pflichtteil bedrohen (§ 1988)[1]. Auf den Betrag des Pflichtteilsanspruches muß sich der Pflichtteilsberechtigte das Vorempfangene insoweit abrechnen lassen, als die Abrechnung auf den Pflichtteil vom Erblasser angeordnet oder nach den im Entwurf aufgestellten Auslegungsregeln als gewollt anzunehmen ist; der abzurechnende Betrag, zu Gunsten eines Abkömmlinges aber auch dasjenige, was ein anderer zur Erbfolge gelangender Abkömmling dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber zur Ausgleichung einzuwerfen hätte, ist dem Werte des Nachlasses hinzuzurechnen; die Frage, welcher Ehegatte bei der Zuwendung aus einem gütergemeinschaftlichen Gesamtgute als der Zuwendende anzusehen ist, wird durch Verweisung auf die bei der Kollation geltenden Regeln entschieden (§§ 1989—1991). Einfach gestalten sich diese Berechnungen nicht! Und auf die baldige Abwicklung unerquicklicher Verhältnisse sind sie auch nicht angelegt!

Der Pflichtteilsanspruch entsteht von Rechts wegen mit dem Erbfalle und ist sofort vererblich und übertragbar, jedoch erst nach erfolgter gerichtlicher oder außergerichtlicher Geltendmachung pfändbar (§ 1192). Irgend ein Sicherungsanspruch wird dem Pflichtteils-

[1] Gegen § 1988 erklärt sich Wilke S. 997.



berechtigten, der doch, wenn er nicht Erbe wird, eines solchen dringend bedarf, nicht gewährt (Motive S. 418—419). Durch überaus künstlich gefaßte und erst mit Hülfe verwickelter Gedankenoperationen verständliche Vorschriften regelt der Entwurf die Pflichtteilslast (§§ 1193—1198). Die hierbei durchgeführten Gedanken sind einfach genug: dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber trifft unabhängig von entgegengesetzten Anordnungen des Erblassers die Haftung stets den Erben und mehrere Erben nach Verhältnis der Erbteile; im Verhältnis der Erben zueinander und zu sonst bedachten Personen kann der Erblasser die Pflichtteilslast beliebig verteilen; soweit der Erblasser eine Anordnung nicht getroffen hat, gelten dispositive Sätze, welche im Sinne einer angemessenen inneren Ausgleichung dafür sorgen, daß neben dem Erben auch die durch Vermächtnisse oder Auflagen Begünstigten verhältnismäßig herangezogen werden, daß die Entschädigung eines enterbten Pflichtteilsberechtigten zunächst dem infolge der Enterbung eintretenden Erben zur Last fällt und daß im Falle der Entstehung des Pflichtteilsanspruches durch Ausschlagung einer Zuwendung oder der gesetzlichen Erbfolge derjenige, welchem die Ausschlagung zu statten kommt, die Pflichtteilslast und hinter derselben die Beschwerungen der ausgeschlagenen Erbschaft oder Zuwendung in Höhe des erlangten Vorteils zu tragen hat. Für die Verjährung des Pflichtteilsanspruches setzt der Entwurf eine dreijährige Frist seit Erlangung der Kenntnis vom Erbfalle und von der pflichtteilswidrigen Verfügung, spätestens aber eine dreißigjährige Frist seit dem Erbfalle; die Verjährung soll dadurch nicht gehemmt werden, daß der Anspruch wegen noch nicht erfolgter Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses noch nicht geltend gemacht werden kann (§ 1999).

Die „Entziehung des Pflichtteils“, wie der Entwurf die bisherige „Enterbung“ von seinem Standpunkte aus korrekt umtauft, soll nur wegen eines vom Gesetz speciell anerkannten und schon zur Zeit der Anordnung bestehenden Entziehungsgrundes stattfinden dürfen (§ 2000). Abkömmlingen gegenüber läßt der Entwurf sieben Entziehungsgründe gelten (Lebensnachstellungen gegen den Erblasser oder dessen Abkömmling oder Ehegatten; vorsätzliche körperliche Mißhandlung des Erblassers oder des Ehegatten desselben, sofern der letztere ein leiblicher Elternteil oder Vorelternteil des Thäters ist; fälschliche Anschuldigung wider den Erblasser oder dessen Ehegatten; Meineid zum Nachteil des Erblassers oder des Ehegatten desselben in einer Straf- oder Disciplinarsache; Ehebruch mit dem Ehegatten des Erblassers; böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht gegen den Erblasser; Eheschließung ohne die erforderliche elterliche Einwilligung des Erblassers).

Daß hiermit die Verurteilung wegen eines entehrenden Verbrechens und der schlechte Lebenswandel aus der Reihe der Enterbungsgründe gestrichen werden, verdient trotz des Vorganges des sächsischen Gesetzbuches keine Billigung. Wenn die Motive meinen, mit der Anerkennung derartiger Enterbungsgründe führe man in das bürgerliche Recht eine dem Gebiete desselben fernliegende Strafe ein (S. 436 bis 437), so verraten sie wieder die den ganzen Entwurf durchziehende Auffassung, als wenn das Privatrecht ein in sich geschlossenes souveränes Reich und ein gemeinsamer sittlicher Boden der Rechtsordnung nicht vorhanden wäre. Es ist doch unerhört, daß Eltern ein trotz ehrbarer Erziehung mißratenes Kind, welches im Zuchthause sitzt oder offen den Familiennamen schändet, nicht enterben dürfen! Der Tochter, welche sich heimlich dem Manne ihrer Wahl antrauen läßt, kann ihr ganzes Erbe genommen werden: dieselbe Tochter dagegen bleibt in ihrem Pflichtteil unantastbar, wenn sie sich jenem Manne bloß als Maitresse hingiebt oder gar zur feilen Dirne wird. In dieser Weise darf der Gesetzgeber nicht den Einfluß der Ehre auf das Recht vernichten, darf er das Gefühl für Familienehre und Sittlichkeit nicht in die Rumpelkammer werfen[1])! Als eine Art der Pflichtteilsentziehung behandelt der Entwurf auch die Enterbung aus guter Absicht; dieselbe wird an die Voraussetzung gebunden, daß ein Abkömmling durch verschwenderisches Gebahren die Besorgnis eines ihm oder seiner Familie drohenden Notstandes rechtfertigt oder mit einer selbst durch den Pflichtteil nicht auszugleichenden Schuldenlast überbürdet ist; sie kann nur dergestalt erfolgen, daß der Abkömmling mindestens die Hälfte seines gesetzlichen Erbteiles als Erbe erhält, jedoch durch die Einsetzung seiner gesetzlichen Erben als Nacherben für die Zeit nach seinem Tode hinsichtlich des hinterlassenen Erbteiles beschränkt und zugleich zur Sicherheitsleistung an die Nacherben verpflichtet wird; die Gläubiger des Vorerben können sich dann nur an die Einkünfte halten und müssen auch von diesen ihm den notdürftigen Unterhalt lassen; die Anordnung der Nacherbfolge ist jedoch unwirksam, wenn der dieselbe rechtfertigende Grund zur Zeit des Erbfalles nicht mehr vorhanden ist (§ 2002)[2]). Dem Vater

[1]) Übereinstimmend Wilke S. 1005—1006, der die Enterbungsgründe des Preußischen Landrechts beibehalten, bei unbewilligter Heirat aber nur die Entziehung der Hälfte gestatten will.

[2]) Zu § 1202 vgl. Petersen S. 100—101, der die Zulassung der Enterbung aus guter Absicht auch in anderen geeigneten Fällen (z. B. des Blödsinns oder unheilbaren Wahnsinns), die Erstreckung auf alle Pflichtteilsberechtigte und die Ermöglichung der Pflichtteilszuwendung in der Form einer Rente oder

und der Mutter gegenüber gelten dieselben Enterbungsgründe, wie gegenüber den Abkömmlingen, jedoch mit Ausnahme der körperlichen Mißhandlung (§ 2003). Eine Enterbung aus guter Absicht ist Eltern gegenüber ausgeschlossen. Verzeihung macht die Entziehung des Pflichtteils, selbst wenn die letztere vor der Verzeihung erfolgt war, unwirksam (§ 2004)[1]. Unter Ehegatten decken sich die Enterbungsgründe mit den Ehescheidungsgründen (§ 2005)[2]. Die Entziehung des Pflichtteils muß durch letztwillige Verfügung unter Angabe des sie rechtfertigenden Grundes erfolgen; den Beweis der Richtigkeit des angegebenen Grundes hat derjenige zu führen, welcher die Entziehung geltend macht (§§ 2006—2008). — Unvereinbar mit der Pflichtteilsordnung des Entwurfes sind die jetzt in vielen Teilen Deutschlands überaus gebräuchlichen Verfügungen von Todes wegen, welche die Vereinigung des Hausvermögens in der Hand des überlebenden Ehegatten bis zu dessen Tode oder etwaiger Wiederverheiratung entweder durch die Zuwendung eines Nießbrauches an den Erbteilen der gemeinschaftlichen Abkömmlinge oder durch die Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Vorerben und der Kinder als Nacherben sichern. Die Motive meinen, es könne da, wo die bisherige Sitte eine derartige Stellung des überlebenden Ehegatten mit sich bringe, durch Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft mit der sich anschließenden fortgesetzten Gütergemeinschaft geholfen werden; im übrigen werde auch fernerhin durch „Pietät und Familiensinn" eine Umstoßung solcher Anordnungen auf Grund der Pflichtteilsansprüche insoweit verhütet werden, als deren Aufrechthaltung dem Bedürfnis einer ausreichenden Versorgung des überlebenden Ehegatten oder dem gemeinsamen Familieninteresse entspreche (S. 446). Wenn aber ein deutsches Gesetzbuch ergeht, so soll der Gesetzgeber dem Leben ablauschen, was deutscher Sitte und Anschauung gemäß ist, und nicht eine Regel aufstellen, deren Durchbrechung er voraussieht, und Ansprüche verleihen, von denen er hofft, daß ihre Geltendmachung aus „Pietät und Familiensinn" unterbleiben werde. Aus allen Bestimmungen des Entwurfes blickt eben immer wieder dieselbe individualistische Anschauung hervor, nach welcher für das Privatrecht nur mechanisch abgegrenzte Befugnisse der einzelnen Menschen existieren, die Familie als organische Einheit aber nicht vorhanden ist. Von

---

eines Nießbrauchs befürwortet. Auch Wilke S. 1007—1010 macht Abänderungsvorschläge.

[1] Wilke S. 1003—1004 fordert mit Recht, daß die Enterbung nur durch ausdrückliche Verzeihung unwirksam werde.

[2] Bedenken gegen den mittelbaren Klagezwang des § 2005 bei Wilke S. 1007.

diesem Standpunkte aus ist es dann freilich unmöglich, die Pflichtteilsansprüche der Kinder rechtlich anders zu behandeln, wenn sie mit dem von einem fürsorglichen Vater begründeten Recht ihrer leiblichen Mutter zusammenstoßen und wenn sie von einem pflichtvergessenen Vater zu Gunsten einer Maitresse oder irgend eines beliebigen Dritten zurückgesetzt sind!

Ein neues Rechtsinstitut will der Entwurf unter dem Namen des „außerordentlichen Pflichtteils" einführen. Dasselbe soll an Stelle der im geltenden Recht zulässigen Anfechtung pflichtwidriger Schenkungen treten. Der Entwurf sucht hiermit zugleich einigermaßen zu bessern, was er mit der Anerkennung der schrankenlosen Schenkfreiheit und der Einschränkung der Widerrufsgründe gefehlt hat[1]). Kraft des außerordentlichen Pflichtteilsrechtes soll der Erblasser, welcher zur Zeit, als ein Pflichtteilsberechtigter bereits als solcher oder doch als eventuell Berechtigter vorhanden war, eine Schenkung an einen anderen gemacht hat, den Pflichtteil so zu hinterlassen haben, wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre. Die Schenkung ist also bei der Ermittelung des Wertes des Nachlasses hinzuzurechnen. Dabei entscheidet der Wert zur Zeit des Erbfalles. Nur hinsichtlich verschenkter verbrauchbarer Sachen ist der Wert zur Zeit der Schenkung maßgebend, was durch die Fiktion, es sei dieser Wert „im Nachlaß noch vorhanden", ausgedrückt wird. Weiter aber wird die Fiktion aufgestellt, daß ein in Wirklichkeit erst später geborner Abkömmling aus einer zur Zeit der Schenkung schon geschlossenen Ehe oder von einem damals schon vorhandenen und nicht durch Erbverzicht ausgeschlossenen Abkömmling bereits zur Zeit der Schenkung vorhanden und pflichtteilsberechtigt war (§ 2009)[2]). Menschen in die Welt hinein oder aus der Welt hinaus

[1]) Vgl. oben S. 224. Würde nach den Vorschlägen von Reatz, Gutachten S. 170 ff., 202 ff., 209 ff. u. 225 ff., die Schenkfreiheit beschränkt, die übermäßige Schenkung für nichtig erklärt, dem Beschenkten eine Unterhaltspflicht auferlegt und der Widerruf erweitert, so würde auch der Schutz der Erben eine andere Gestalt gewinnen. Reatz selbst hat in einem Gutachten für den 20. Juristentag, Bd. 2 S. 70—91, angemessene Vorschläge zur Umbildung des vorgeschlagenen Instituts gemacht. Vgl. ferner das Gutachten von Fr. Endemann ebenda S. 46—69, in welchem der Gedanke des Instituts gebilligt, jedoch die Streichung des ganzen „außerordentlichen Pflichtteils" als einer besonderen Einrichtung gefordert und dafür einfach die Hinzurechnung der Schenkungen zum Nachlaß behufs Ermittlung des einheitlichen Pflichtteils empfohlen wird. Durchaus gegen den Entwurf Wilke S. 1010—1014, der eine Regelung nach Analogie der Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner vorziehen würde.

[2]) Gegen § 2009 wendet sich Endemann S. 66—68, der den Schutz aller Pflichtteilsberechtigten ohne Rücksicht auf ihr Vorhandensein zur Zeit der Schenkung fordert.

zu dichten, ist ja für die Technik des Entwurfes eine Kleinigkeit! Auf die so sich ergebende Erhöhung des Pflichtteiles finden im allgemeinen die Vorschriften über den Pflichtteil „entsprechende Anwendung“ (§ 2010; selbstverständliche Modifikationen in den §§ 2011—2012). Für die Befriedigung des außerordentlichen Pflichtteils hat also zunächst der Erbe aufzukommen[1]). Doch haftet jeder Erbe „nur in Ansehung desjenigen ihm angefallenen Erbteiles, welchen er in Ermangelung einer Anordnung des Erblassers über die Erbfolge nicht erhalten haben würde oder infolge der den Pflichtteilsanspruch begründenden Ausschlagung der Erbschaft erhalten hat“ (§ 2013)[2]). Subsidiär wird der Beschenkte herangezogen. Derselbe haftet also insoweit, als der Erbe (insbesondere auch wegen seines Inventarrechts) nicht haftet; er haftet natürlich ausschließlich, wenn der Pflichtteilsberechtigte selbst der einzige Erbe ist (§ 2014). Diese Haftung trifft den später Beschenkten vor dem früher Beschenkten und den letzteren nur, soweit der erstere nicht verpflichtet ist, mithin unbilligerweise nicht für den Ausfall aus Leistungsunfähigkeit des später Beschenkten (§ 2015)[3]). Sie beschränkt sich auf die Verpflichtung zur Herausgabe des Geschenkes nach den Regeln über den Bereicherungsanspruch (§ 2016). Bei Schenkungen aus gütergemeinschaftlichem Gesamtgut gilt jeder Ehegatte als Schenker der Hälfte, soweit nicht ein einseitiger Verwandter eines Ehegatten beschenkt oder ein Ehegatte wegen der Schenkung zum Ersatz an das Gesamtgut verpflichtet ist (§ 2017). Die durch eine sittliche oder Anstandspflicht gebotenen Schenkungen kommen für den außerordentlichen Pflichtteil nicht in Betracht (§ 2018)[4]). — Das ganze neuersonnene Institut beruht zwar auf einem gesunden Gedanken, leidet aber an Verkünstelung, würde zu verwickelten und weit in die Vergangenheit zurückgreifenden Streitigkeiten führen und bietet einen unzureichenden Ersatz für die versäumte Einschränkung der Schenkfreiheit.

Die im fünften Abschnitt enthaltenen Vorschriften über den „Erbverzicht“ weichen von der im geltenden deutschen Recht herrschenden

[1]) Hiergegen mit Recht Reatz S. 89—91, der gleichmäßige primäre Haftung des Erben und der Beschenkten fordert.

[2]) Daß nicht einfach gesagt wird, der Erbe hafte nicht mit seinem gesetzlichen Erbteil, verschuldet die Fiktion des § 1972; vgl. Motive S. 464.

[3]) Demgegenüber verlangt Reatz S. 87—89 gleichmäßige Heranziehung aller Schenkungen ohne Rücksicht auf spätere oder frühere Vollziehung derselben.

[4]) Reatz S. 91 wünscht, daß derartige Schenkungen zwar der Anfechtung entzogen, jedoch behufs Ermittelung des Pflichtteils dem Nachlaß ebenfalls zugerechnet werden.

Auffassung insofern ab, als nicht die Erklärung des Verzichtenden, sondern die Verfügung des Erblassers in den Vordergrund gerückt, somit der Erbverzicht als eine durch den Willen des Erblassers mit Zustimmung des Verzichtenden herbeigeführte Änderung der Erbfolge behandelt wird (Motive S. 471). Auch hier also ist der Entwurf seiner Grundanschauung treu geblieben, nach welcher der Wille des Erblassers Quelle des Erbrechts und die Testierfreiheit oberstes Gesetz ist. Der „Erbverzichtvertrag" kann das gesetzliche Erbrecht eines Verwandten oder Ehegatten ausschließen und zerstört dann zugleich das Pflichtteilsrecht; er kann auch auf die Ausschließung des Pflichtteilsrechtes beschränkt werden (§ 2019). Durch Verweisungen wird für ihn die Form des Erbeinsetzungsvertrages vorgeschrieben, persönliche Erklärung und Testierfähigkeit des Erblassers verlangt und für den Verzicht durch einen gesetzlichen Vertreter die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gefordert (§ 2020 Abs. 1). Hiernach ist ein Erbverzicht unmöglich, wenn der Erblasser geisteskrank oder noch nicht sechzehn Jahre alt ist. Da auch der Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten ausnahmslos verboten ist (oben S. 214), so kann, wenn z. B. bei der Auswanderung eines Kindes dessen vollständige Abschichtung stattfinden soll, dieses Ziel im Falle der Geisteskrankheit des Vaters oder der Mutter auf keine Weise erreicht werden. Ebenso ist ein Verzicht auf die Beerbung unmündiger Geschwister unausführbar. Steht hier ein anderes Hindernis als ein rein doktrinäres Bedenken entgegen? Damit die Willenstheorie unversehrt bleibe und niemals ohne persönliche Willensthat des Erblassers eine Änderung der Erbfolge eintrete, werden die Bedürfnisse des Lebens mißachtet! Der Entwurf läßt auch die Aufhebung eines Erbverzichtes durch einen an die gleiche Form gebundenen Vertrag mit der Wirkung der Wiederherstellung des Erbrechtes zu (§ 2020 Abs. 2). Mit dem Erbverzichtvertrage kann ein Erbeinsetzungsvertrag oder Vermächtnisvertrag und somit zugleich jede in einem solchen zulässige Verfügung verbunden werden (§ 2021). Bei dem Erbverzicht zu Gunsten eines Dritten gilt die Auslegungsregel, daß der Verzicht unwirksam werden soll, wenn der Begünstigte nicht zur Erbfolge berufen wird oder die Erbschaft ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird (§ 2002). Eine Vermutung für einen bloß relativen Erbverzicht, wie sie das Preußische Landrecht (II 2 § 487) im Anschluß an die Erfahrungen des Lebens aufstellt, lehnt der Entwurf ab (Motive S. 479). Abweichend von fast allen geltenden Rechten soll der Erbverzicht niemals und auch nicht im Falle einer ausdrücklichen hierauf gerichteten Erklärung die

Nachkommen des Verzichtenden binden; vielmehr treten die Abkömmlinge des Verzichtenden an dessen Stelle und haben nur die für den Verzicht gewährte Gegenleistung einzuwerfen bezw. auf den Betrag ihres Pflichtteilsanspruches sich anrechnen zu lassen (§ 2023). Dieses Prinzip, welches nur bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft durchbrochen ist (§ 1398 Abs. 3), beraubt in vielen Fällen den Erbverzicht seiner eigentlichen Bedeutung. Es ist um so unbrauchbarer, als der Entwurf, wie wir gesehen haben, eine Abschichtung als eigentümliches Rechtsinstitut nicht kennt und somit zur Erreichung des Abschichtungszweckes stets nur eine Kombination von „Abfindungsverträgen" und „Erbverzichtsverträgen" zur Verfügung stellt. Die Gründe, welche nach den Motiven eine Bindung der Nachkommen ausschließen, sind wiederum rein doktrinärer Art (S. 480—482). Der Entwurf gestattet, daß der „Inhaber der elterlichen Gewalt" als gesetzlicher Vertreter schon vorhandener Kinder zugleich in deren Namen verzichtet; dies sei, wie die Motive (S. 474) ausführen, mit Rücksicht auf das praktische Bedürfnis, z. B. bei einer Auswanderung, zugelassen. Warum soll dann aber nicht mindestens in gleicher Weise für die künftige Nachkommenschaft verzichtet werden können? Es ist doch geradezu sinnlos, daß der Auswandernde das Erbrecht der fünf Kinder, die er nach Amerika mitführt, den Großeltern gegenüber auszutilgen, dagegen einem drüben etwa hinzutretenden sechsten Kinde nichts zu vergeben im stande sein soll. Die Motive verweisen für solche Fälle auf die Möglichkeit einer Enterbung der Abkömmlinge des Verzichtenden durch eine in den Erbverzichtvertrag aufgenommene letztwillige Verfügung des Erblassers; dann bleibe den Abkömmlingen nur ihr Pflichtteilsanspruch, der in den meisten Fällen durch Abrechnung der gewährten Abfindung gedeckt sein werde, andernfalls aber eben, da eine „Vergewaltigung" der Abkömmlinge nicht geduldet werden dürfe, durchaus gerechtfertigt sei. Allein solche künftigen Weiterungen sollen gerade vermieden werden. Und es ist keine unbillige „Vergewaltigung" von Kindern, wenn dieselben ohne Pflichtteilsansprüche gegen einen Großvater oder Urgroßvater geboren werden. Die Abkömmlinge des Verzichtenden, welcher eine Abfindung erhalten hat, nehmen an den Vorteilen derselben ohne Rücksicht auf eine etwaige spätere Verminderung des ursprünglichen Hausvermögens teil. Es liegt nicht der mindeste Grund vor, daß sie umgekehrt, falls nach der Loslösung des Verzichtenden von der Familie das Familienvermögen sich erheblich vermehrt und die einst gewährte Abfindung der nunmehrigen Vermögenslage nach als zu gering erscheinen würde, mit Pflichtteilsansprüchen hervor-

zutreten in der Lage sein sollen. — Neben dem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht wird auch der vertragsmäßige Verzicht auf ein Vertragserbrecht oder auf ein vertragsmäßig zugewandtes Vermächtnis als wirksam anerkannt (§ 2024)[1].

Der sechste und letzte Abschnitt handelt von der „Rechtsstellung des Erben", welche für den Erben aus Testament, Vertrag oder Gesetz gleichmäßig normiert wird.

Zunächst ist vom „Erwerb der Erbschaft" die Rede (Tit. 1). Der Übergang der Erbschaft soll sich „kraft des Gesetzes" mit dem „Anfall der Erbschaft", welcher regelmäßig mit dem Erbfall erfolgt, vollziehen (§ 2025). Somit huldigt der Entwurf dem deutschen Satze: „Der Tote erbt den Lebendigen". Ein gewichtiges und durchaus begründetes Zugeständnis an das nationale Recht! Die Motive erörtern das Für und Wider, erklären die praktischen Vorzüge des aufgenommenen Grundsatzes für überwiegend, verwahren aber wieder feierlich den Entwurf gegen den Verdacht einer Parteinahme für das deutsche und wider das römische Recht (S. 486—487). „Ob der Grundsatz des Entwurfes dem älteren deutschen Rechte entspricht, kann dahingestellt bleiben, jedenfalls würde er darin nur für die gesetzliche Erbfolge eine Stütze finden, für den Erbeinsetzungsvertrag vielleicht mit Hülfe sehr künstlicher Konstruktionen, aber keinesfalls für den Erwerb aus letztwilliger Verfügung." Solcher Art ist die germanistische Weisheit, welche diesem „deutschen" Entwurf als Leitstern gedient hat! Wer hat denn jemals bisher die Geltung des Satzes in unserem einheimischen Recht bezweifelt? Auf Erbeinsetzungsverträge und Testamente konnte freilich, da sie vor der Reception unbekannt waren, das deutsche Recht beim besten Willen seine Regel nicht erstrecken. Allein für die zum Ersatz der Verfügungen von Todes wegen ausgebildeten Vergabungen auf den Todesfall ergab sich aus dem dinglichen Charakter des eingeräumten Rechtes von selbst der gleiche Erfolg. Als dann die rechtsgeschäftliche Erbeinsetzung sich einbürgerte, wurde der deutsche Satz, soweit er für geborene Erben in Kraft blieb oder erneuert wurde, zugleich auf die gekornen Erben ausgedehnt. Im System des Entwurfes nimmt er sich freilich wie ein Eindringling aus. Dagegen entspricht er unserer deutschen Anschauung, nach welcher alle Erbfolge ein in erster Linie kraft des vom Recht anerkannten naturgegebenen Personenzusammenhanges und möglicherweise kraft einer abändernd eingreifenden

[1] Daß Petersen S. 74—75 den Erbverzicht ganz beseitigen will, ist schon oben erwähnt (S. 526 Anm. 2).

Willensbestimmung erfolgender Eintritt in eine durch den Tod gerissene Lücke ist[1]).

Durch eine besondere Bestimmung muß der Entwurf, da er allgemeine Sätze über die Rechtsstellung der Leibesfrucht nicht enthält, hinsichtlich des Anfalles der Erbschaft die Regel „**nasciturus pro jam nato habetur**" zur Geltung bringen (§ 2026). Auch gewährt er der schwangeren Mutter im Falle der Bedürftigkeit einen Anspruch auf standesgemäßen Unterhalt aus dem Nachlaß (§ 2027).

Dem Erben wird natürlich das Recht der Ausschlagung der Erbschaft vorbehalten; dieses Recht geht auf die Erben des Erben über und kann auch von jedem unter mehreren Erbeserben zu seinem Teil ausgeübt werden (§ 2028). Das Ausschlagungsrecht erlischt durch die „Annahme der Erbschaft", welche durch „die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, Erbe sein zu wollen", sowie durch die Nichtausschlagung innerhalb der gesetzlichen Ausschlagungsfrist erfolgt (§ 2029). Die Ausschlagungsfrist beträgt sechs Wochen seit erlangter Kenntnis vom Anfalle, läuft jedoch für den eingesetzten Erben nicht vor der Verkündigung der erblasserischen Verfügung; wenn der Erbe bei Beginn der Frist sich im Auslande aufhält oder der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat, beträgt sie sechs Monate (§ 2030). Ihre Verlängerung für den mit Beschwerungen eingesetzten Pflichtteilsberechtigten ist schon erwähnt. Für den Erbeserben läuft sie nicht vor Ablauf der für die Ausschlagung der Erbschaft des Erben bestimmten Frist ab (§ 2031). Im Gegensatz zur Annahme ist die Ausschlagung formalisiert: sie muß gegenüber dem Nachlaßgericht in öffentlich beglaubigter Form persönlich oder durch einen Specialbevollmächtigten erklärt werden (§ 2032). Unwirksam ist die Annahme oder Ausschlagung, wenn sie (von den Ausnahmen bei der Nacherbschaft und dem Pflichtteilsrecht abgesehen) vor Beginn der Ausschlagungsfrist oder unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung oder nur für einen Teil erfolgt (§§ 2033—2036). Bei der Berufung desselben Erben zu mehreren Erbteilen wirkt mangels anderer Anordnung des Erblassers, soweit der Berufungsgrund derselbe ist, die Annahme oder Ausschlagung eines Erbteiles für alle, während insoweit, als die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, der einzelne Erbteil für sich der Annahme und Ausschlagung unterliegt (§ 2037). Der eingesetzte Erbe kann als solcher ausschlagen und als gesetzlicher

---

[1]) Gegen den „willenlosen Erbschaftserwerb", weil er zur Testierfreiheit nicht passe, Kühnast, Erbrecht S. 37 ff. u. Erbrechtl. Studien S. 658 ff. — Für den Entwurf Klöppel S. 361, Petersen S. 34—35.

Erbe annehmen, der zugleich durch Testament und Erbvertrag eingesetzte Erbe aus dem einen Berufungsgrunde ausschlagen und aus dem anderen annehmen; doch ist die völlige Ausschlagung durch eine einzige Erklärung möglich und wird vermutet (§ 2038). Die Annahme oder Ausschlagung ist unwiderruflich (§ 2039). Die Ausschlagungserklärung kann wegen Drohung oder Betruges, dagegen wegen Irrtums nur von einem Pflichtteilsberechtigten, welchem der bereits erfolgte Wegfall einer ihm auferlegten Beschränkung oder Beschwerung oder Pflichtteilslast nicht bekannt war, binnen einer sechswöchentlichen bezw. sechsmonatlichen Frist seit Beseitigung der Zwangslage oder seit Entdeckung des Betruges oder Irrtums, jedoch spätestens binnen dreißig Jahren angefochten werden (§ 2040—2041). Die Wirkung der Ausschlagung besteht in der Rückgängigmachung des Erbschaftserwerbes, was der Entwurf durch die Fiktion des nicht erfolgten Anfalles ausdrückt; der Anfall vollzieht sich nunmehr an denjenigen, welcher im Falle des Vorversterbens des Ausschlagenden vor dem Erblasser berufen gewesen wäre, und gilt als mit dem Erbfalle erfolgt; das Nachlaßgericht soll denselben benachrichtigen (§ 2042). Zur Ausschlagung einer Erbschaft seitens einer unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehenden Person bedarf es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes; doch kann der „Inhaber der elterlichen Gewalt“ für das Kind, falls er nicht dessen Miterbe ist, diejenige Erbschaft, welche er selbst ausschlägt, zugleich und ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ausschlagen (§§ 2043—2044). Man könnte wahrlich dem Vater das Vertrauen schenken, daß er über Annahme oder Ausschlagung einer dem Kinde angefallenen Erbschaft in jedem Falle allein richtig entscheiden wird!

Im zweiten Titel handelt der Entwurf von „Erbunwürdigkeit“. Als Erbunwürdigkeitsgründe erkennt er lediglich solche widerrechtlichen Handlungen an, durch welche eine letztwillige Verfügung des Erblassers abgeschnitten oder verhindert oder die Übereinstimmung einer getroffenen Verfügung von Todes wegen mit dem wahren Willen des Erblassers unsicher geworden ist (§ 2045). Die Erbunwürdigkeit soll nicht kraft Gesetzes von der Erbschaft ausschließen, sondern nur infolge rechtskräftiger Erbunwürdigkeitserklärung auf eine binnen Jahresfrist seit erlangter Kenntnis und spätestens binnen dreißig Jahren seit dem Anfall zu erhebende Anfechtungsklage des nächstberufenen Erben wirken (§§ 2046—2047). Diese Wirkung aber besteht in der Rückgängigmachung des Anfalles, nicht bloß in der Entreißung der Erbschaft; mithin gilt nunmehr der Anfechtende als Erbe seit dem Erbfalle; derselbe kann die Erbschaft nicht ausschlagen (§ 2048). Schon kraft Ge-

setzes hebt jedoch die Erbunwürdigkeit den Pflichtteilsanspruch auf, dem sie also auch einredeweise entgegengesetzt werden kann (§ 2049). Verzeihung wirkt heilend (§ 2050).

Der dritte Titel spricht von „Wirkungen des Erbschaftserwerbes" und stellt an die Spitze derselben den kraft des Gesetzes eintretenden Übergang der nicht mit dem Tode erlöschenden Vermögensrechte und Vermögenspflichten des Erblassers auf den Erben (§ 2051). Wir kommen unten darauf zurück, inwieweit die Konstruktion des Überganges der Verbindlichkeiten im Entwurf zu billigen ist. Hier müssen wir vor allem gegen den zweiten Satz des § 2051 Widerspruch erheben, nach welchem auf Miterben „die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten kraft des Gesetzes nach Verhältnis der Erbteile" übergehen sollen. Wenn man die Ausführungen der Motive liest (S. 527 - 530), so sollte man glauben, der Entwurf hätte dazu kommen müssen, die Erbengemeinschaft im Sinne einer deutschrechtlichen Gemeinschaft zur gesamten Hand auszugestalten! Freilich hätte er sich nicht einfach an das Preußische Landrecht und andere neuere Gesetzbücher anschließen dürfen, die den deutschen Gedanken zwar zu Grunde gelegt, jedoch unvollkommen verwirklicht haben. Allein es wäre eine des deutschen Gesetzgebers würdige Aufgabe gewesen, diese Gemeinschaft, deren Gegenstand ein Vermögensganzes als solches ist, angemessen zu organisieren, die Grenzen zwischen dem einheitlichen Recht der Erbengesamtheit und den Sonderrechten der einzelnen Teilhaber richtig zu ziehen und die an der Liquidation der Erbschaft interessierten Dritten gehörig zu sichern. Die Motive lassen deutlich die Empfindung durchblicken, daß nur eine solche Ordnung an sich gerecht und zweckmäßig wäre. Man ist jedoch vor den Schwierigkeiten zurückgeschreckt und bürdet nun dem Leben die Lösung der Schwierigkeiten auf, welche der Mangel jeder gesetzlichen Organisation der Erbengemeinschaft hervorruft. Die letzte Entscheidung hat freilich wohl wieder der Geist des Romanismus diktiert! Kann der Entwurf doch nun mit beiden Füßen in das römische Recht hineinspringen. Und gewinnt er doch, indem er das Band zwischen den Miterben zerreißt und die Erbschaft pulverisiert, eine „einfache" und „klare" Regel, welche vortrefflich mit seinem individualistischen und atomistischen Gedankenschema harmoniert. Was bedeutet es da, wenn ein im Grunde unerträglicher Rechtszustand verallgemeinert und verewigt wird, der uns von der Fremde her aufgedrungen, in einem großen Teile Deutschlands bereits glücklich wieder beseitigt und niemals in unser Rechtsbewußtsein eingegangen ist. Unerträglich aber ist ja doch dieser sofortige Zerfall der Erbschaft in voll-

kommen getrennte Herrschafts- und Pflichtensphären! Daß der einzelne Miterbe frei über einen Bruchteil oder sonstigen Teil von jedem Nachlaßgegenstande verfügen kann; daß der Miterbe, welcher eine Nachlaßschuld voll bezahlt, Auslagen für die Erbschaft bestritten oder Ersatzansprüche anderer Art erlangt hat, sich nicht an den Nachlaß zu halten vermag; daß der Gläubiger des Erblassers seine einheitliche Forderung plötzlich in eine Summe von Teilforderungen zersplittert sieht; daß die Erbschaftsschuldner von jedem Miterben wegen eines verhältnismäßigen Schuldsplitters belangt werden können: dies alles sind Folgesätze des römischen Prinzips, die da, wo sie gelten, schwerlich überhaupt ertragen würden, wenn nicht das Leben gesunder wäre als das Recht und dessen Schärfen thatsächlich abstumpfte. Unser künftiges gemeines deutsches Recht aber soll uns nicht mit Ordnungen beschenken, mit denen sich allenfalls leben läßt, wenn man sich über sie hinwegsetzt! Wir brauchen ein Recht, das in sich selbst gerecht und gesund ist[1]).

Nicht minder verfehlt ist, wie schon mehrfach erwähnt wurde, die Ablehnung der deutschrechtlichen Erbengewere (§ 2052). Doch werden hier wenigstens die schlimmsten praktischen Folgen des Satzes, daß Besitz und Inhabung nicht von Rechts wegen auf den Erben übergehen, auf künstliche Weise beseitigt, indem nicht nur die schon begründeten possessorischen Rechtsmittel aktiv und passiv vererblich sein sollen

---

[1]) Über die Frage: „Welche Grundsätze sind in dem künftigen deutschen Gesetzbuche über das Verhältnis der Miterben und ihre Auseinandersetzung aufzustellen?" vgl. die für den 20. Juristentag erstatteten Gutachten von Strützki Bd. 1 S. 132—198 und Cosack ebenda S. 199—217. Beide sind einig in der Verwerfung des Entwurfes. Strützki S. 180 ff. formuliert Gegenvorschläge, welche den Gedanken einer Gemeinschaft zur gesamten Hand zu Grunde legen und daher auf eine Reform des geltenden preußischen Rechtes abzielen. Cosack will denselben Erfolg dadurch erreichen, daß er zwar hinsichtlich der Verbindlichkeiten eine ungeteilte Haftung des Nachlasses (und zwar bis zur Teilung einfache Samthaft und nach der Teilung eine zeitlich begrenzte Samt- und Sonderhaft der Miterben) statuiert (S. 201—207), dagegen hinsichtlich der Rechte ideelle Anteile der einzelnen Miterben entstehen läßt und nur die Bindung dieser Anteile durch ein eigenartiges Erbenpfandrecht an den Anteilen der Miterben herstellt (S. 207—215); die „gesamte Hand" ist ihm für die oft zufällig zusammengekoppelten Miterben „zu innig" und eine angemessene Vertretung derselben zu schwierig herstellbar (S. 215—217). Mir scheint indes Cosacks Vorschlag zu künstlich. Auch ist unter Miterben das Vorhandensein eines persönlichen Zusammenhanges immerhin der Normalfall. Und die Schwierigkeiten einer Organisation der Erbengemeinschaft sind keineswegs unüberwindlich. — Gegen den Entwurf und für das deutschrechtliche Prinzip vgl. auch Munk ebenda S. 80 bis 83 und Gegenentwurf S. 85 §§ 18—19.

(§ 2053), sondern auch Dritten gegenüber, welche in der Zwischenzeit zwischen Erbfall und Besitzerwerb des Erben rechtswidrig eingegriffen oder Besitz erlangt haben, durch die bereits als typisch angeführte Fiktion des § 2054 der Erbe zum Besitzer oder Inhaber seit dem Erbfalle gestempelt wird. Immerhin bleibt der Besitzschutz des Erben ein unvollkommner (Motive S. 534). Und schon die wahrhaft ungeheuerliche Fassung des § 2054 nebst den Erläuterungen der Motive (S. 533) verrät eine derartige Befangenheit im Romanismus und eine solche Abwendung von unserem volkstümlichen Rechtsbewußtsein, daß ein Paktieren mit dem vorgeschlagenen System als ausgeschlossen erscheint. Freilich muß, um dem nationalen Grundsatze die ihm gebührende Geltung zu verschaffen, zugleich die ganze Besitzlehre auf einen anderen Boden gestellt werden[1]).

Das alte sächsische Institut des Dreißigsten, welches selbst im sächsischen Gesetzbuch beibehalten ist, hat der Entwurf nicht aufgenommen (Motive S. 534). Es hat einen tiefen sittlichen Hintergrund und hätte eher die Erhebung zu gemeinem deutschen Recht als die Austilgung verdient. Mindestens wäre hier ein Vorbehalt für das Landesrecht angezeigt gewesen. Daß das Institut in Zusammenhang mit überwundenen „wirtschaftlichen Zuständen" stehe und „in juristischer Hinsicht Schwierigkeiten" biete, sind leere Ausflüchte. — Die Verpflichtung des Erben, aus dem Nachlaß die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers zu bestreiten, wird besonders ausgesprochen (§ 2055). — Der provisorische Erbe, welcher später ausschlägt, wird gegenüber dem an seine Stelle tretenden Erben aus der Besorgung von Erbschaftsgeschäften nach den Regeln über negotiorum gestio berechtigt und verpflichtet; Dritten gegenüber bleiben seine Verfügungen wirksam (§ 2056). Vor der Annahme braucht der Erbe sich auf einen Rechtsstreit gegen den Nachlaß nicht einzulassen und einen anhängigen Rechtsstreit nicht fortzusetzen; auch ist inzwischen eine Zwangsvollstreckung oder Arrestanlegung wegen einer Nachlaßverbindlichkeit nur gegen den Nachlaß und wegen einer anderen Verbindlichkeit des Erben nicht gegen den Nachlaß zulässig (§ 2057).

Eine „Fürsorge des Nachlaßgerichtes" (Tit. 4) für die Sicherung des Nachlasses tritt ein, wenn ein Erbe unbekannt oder für

---

[1]) Vgl. oben S. 66, 306 u. 342; desgleichen die sehr entschiedenen Bemerkungen von Bähr S. 512—513 und Jhering, Besitzwille S. 32 ff. u. 498 ff.; vgl. auch Fischer S. 65 Anm. 1, Zródkowski S. 86 ff., Wendt S. 168—172, Cosack, Heft 13 der Beiträge S. 15, Strützki a. a. O. S. 197.

den Nachlaß zu sorgen außer stande ist; das Nachlaßgericht hat von Amts wegen das Erforderliche anzuordnen und kann insbesondere die Anlegung von Siegeln, die öffentliche Hinterlegung der Gelder, Kostbarkeiten und Wertpapiere und die Anfertigung eines Nachlaßverzeichnisses verfügen (§ 2058). Durch Landesgesetz können die Fälle, in denen das Nachlaßgericht einschreiten kann, erweitert werden (E. G. Art. 88). Dagegen ist das nach Preußischem Landrecht zulässige Verbot der Siegelung und Inventur durch den Erblasser unwirksam (Motive S. 542). Wenn der Erbe unbekannt und eine Fürsorge erforderlich ist, desgleichen auf Antrag eines Nachlaßgläubigers, der von dem über Annahme oder Ausschlagung noch unentschiedenen Erben die Befriedigung aus dem Nachlaß nicht zu erlangen vermag, soll „demjenigen, welcher der Erbe sein wird" ein Nachlaßpfleger bestellt werden; die Nachlaßpflegschaft steht unter den Regeln der Pflegschaft, so daß der Nachlaßpfleger als gesetzlicher Vertreter des Erben erscheint; doch kann derselbe dem Inventarrecht des Erben nichts vergeben (§§ 2059—2066). Ist der unbekannte Erbe in einer den Umständen des Falles entsprechenden Frist nicht ermittelt, so soll das Nachlaßgericht von Amts wegen ein öffentliches Aufgebot erlassen und für den Fall, daß Ansprüche an die Erbschaft nicht angemeldet oder angemeldete Ansprüche nicht in der gesetzten Frist verfolgt werden, feststellen, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden sei (§ 2067).

Der Entwurf hat im Anschluß an das geltende Recht das Institut des „Erbscheins" aufgenommen und geregelt (Tit. 5). Ein Erbschein ist jedoch nur dem gesetzlichen Erben zu erteilen und soll lediglich bezeugen, „daß und in welchem Umfange der Antragsteller auf Grund der gesetzlichen Erbfolge Erbe geworden ist" (§ 2068). Die Beschränkung des Erben durch Einsetzung eines Nacherben oder durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers ist im Erbschein anzugeben (§ 2075). Daß (entgegen der preußischen Praxis) die Angabe der Miterben und einer etwa konkurrierenden Erbfolge aus Verfügung von Todes wegen unterbleiben soll, ist nicht zu billigen (Bähr a. a. O. S. 556). Durch ausführliche Vorschriften werden die zur Rechtfertigung des Antrages auf Erteilung eines Erbscheines erforderlichen Nachweise und die seitens des Nachlaßgerichtes nötigen Falls anzustellenden Ermittlungen geregelt (§§ 2069—2072). Einen unrichtigen Erbschein hat das Nachlaßgericht von Amts wegen wieder einzuziehen oder für kraftlos zu erklären (§ 2073). Zugleich hat der wirkliche Erbe gegen jeden Inhaber eines unrichtigen Erbscheines den Anspruch auf Herausgabe des Erbscheines an das Nachlaßgericht (§ 2074). Der Erbschein hat die Bedeutung einer Legiti-

mationsurkunde; es streitet eine gesetzliche Vermutung für die Richtigkeit seines Inhalts (§ 2076); insbesondere kann der Dritte, welcher sich in gutem Glauben mit dem durch den Erbschein legitimierten angeblichen Erben rechtsgeschäftlich eingelassen hat, den Inhalt des Erbscheines als richtig behandeln (§ 2077). Abweichend vom preußischen Recht wird auch hier wieder der unentgeltliche Erwerb nicht ausgenommen; indem die Motive hierfür geltend machen, es fehle an jedem Anlaß, „unentgeltlich Erwerbende den unredlicherweise Erwerbenden gleichzustellen" (S. 571), legen sie einen vollständigen Mangel an Verständnis für die inneren Gründe der Beugung des materiellen Rechtes durch den Schutz des gutgläubigen Verkehrs an den Tag (vgl. Bähr a. a. O. S. 556—557). Ein eingesetzter Erbe kann zwar keinen Erbschein, wohl aber ein nach Analogie des Erbscheines zu beurteilendes Zeugnis verlangen, daß eine seinem Erbrecht entgegenstehende Verfügung von Todes wegen nicht vorhanden oder daß er die in der Verfügung von Todes wegen bezeichnete, jedoch aus ihr allein nicht erkennbare Person ist (§ 2078). Besondere Fürsorge wird für die Ausstellung eines Erbscheines oder Zeugnisses in denjenigen Fällen getroffen, in denen für eine Erbschaft kein deutsches Gericht als Nachlaßgericht zuständig ist, jedoch zur Erbschaft ein in Deutschland belegenes Grundstück oder ein Recht an einem solchen oder ein sonstiges der Buchung oder Registrierung seitens einer deutschen Behörde unterworfenes Recht oder ein in der Verwahrung einer deutschen Behörde befindlicher Gegenstand gehört (§ 2079).

Unter dem Namen „Erbschaftsanspruch" führt der Entwurf im sechsten Titel die römische „hereditatis petitio" ein, geht aber weit hinter das römische Recht und noch weiter hinter die gemeinrechtliche Praxis zurück. Wenn der Nachlaß im Sinne der deutschen und modernen Auffassung als ein Sondervermögen und das Erbrecht als ein Eigentum an dieser Vermögenseinheit anerkannt wird, so versteht es sich von selbst, daß der Erbe nicht bloß aus den einzelnen zur Erbschaft gehörigen Rechten klagen, sondern auch sein Recht an der Erbschaft als an einem Ganzen gegen jedermann gerichtlich verfolgen kann. Eine Erbschaftsklage braucht ihm heutzutage sowenig wie irgend eine andere Klage besonders verliehen zu werden [1]). Wohl aber bedarf er, da er den Umfang der Erbschaft nicht genau zu kennen braucht, eines Schutzes gegen Hinterziehung von Erbschaftsgegenständen durch solche Personen, welche vor ihm in der Lage sind, eine thatsächliche Herrschaft über den

[1]) In diesem Sinne will Strützki a. a. O. S. 185 den ganzen Titel streichen.

Nachlaß auszuüben. Er muß daher von jedem, welcher ohne seinen Willen durch Ansichnahme von Erbschaftsgegenständen in den Nachlaß eingegriffen hat, Auskunft über den Bestand und Verbleib der Erbschaftsgegenstände und Ableistung des Offenbarungseides verlangen können. Die gleiche Manifestationspflicht kann denjenigen Personen nicht erspart werden, welche die Wohnung des Erblassers zur Zeit des Todes desselben geteilt haben (Preuß. A. G. O. I 22 § 29). Soweit die Manifestationspflicht reicht, ist dann selbstverständlich auch die Verurteilung zur Herausgabe nicht bloß speciell bezeichneter, sondern aller zur Erbschaft gehörigen Gegenstände zulässig. Hieraus ergiebt und begrenzt sich ohne weiteres das Gebiet der Erbschaftsklage. Von ganz anderen Voraussetzungen geht der Entwurf aus. Für ihn ist die Zulassung einer Universalklage auf „Herausgabe der Erbschaft" ein Ausnahmerecht, welches daher einer besonderen Anerkennung und Regelung bedarf. Er gewährt eine derartige Klage dem Erben lediglich gegen den „Erbschaftsbesitzer" („pro herede possessor"), d. h. „gegen denjenigen, welcher auf Grund eines von ihm in Anspruch genommenen Erbrechts dem Erben einen Erbschaftsgegenstand vorenthält" (§ 2080). Der Kläger muß also die Anmaßung eines Erbrechts seitens des Beklagten behaupten und beweisen: er wird abgewiesen, wenn der Beklagte erklärt, gar nicht Erbe sein zu wollen, sondern grundlos („pro possessore") oder aus irgend einem prätendierten Titel zu besitzen; ja die Erbschaftsklage versagt auch gegen denjenigen, welcher den Nachlaß recht eigentlich im Ganzen, jedoch nicht als Erbe, sondern als Erbschaftskäufer, in Anspruch nimmt (Motive S. 578—579). Gelingt es, die „subjektive Voraussetzung" der Erbrechtsprätension festzustellen, so behält der Beklagte gleichwohl hinsichtlich jedes einzelnen Nachlaßgegenstandes die Einrede, daß er ihn aus einem besonderen Grunde nicht herauszugeben verpflichtet sei (Motive S. 581). Wie wenig dies alles dem praktischen Bedürfnis entspricht, ist bereits von Bähr a. a. O. S. 557—561 dargelegt worden. Weiter sucht dann der Entwurf für den speciellen Zweck des „Erbschaftsanspruches" durch künstliche Bestimmungen die Erbschaft zu einem Sondervermögen zu stempeln, zu welchem als „Erbschaftsgegenstände" auch die in Besitz oder Innhabung des Erblassers befindlich gewesenen Sachen, der Erwerb aus Zuwachs oder Schadenersatz, die Surrogationen und die Nutzungen gehören (§ 2081). Er legt ferner dem Erbschaftsbesitzer die Manifestationspflicht auf (§ 2082), während er jede sonstige Manifestationspflicht ablehnt, damit nicht am Ende auch der Dieb oder Räuber manifestationspflichtig

werde (Motive S. 587)[1]). Soweit der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe nicht im stande ist, soll er nur für die Bereicherung haften (§ 2083). Auch kann er Ersatz aller Verwendungen fordern (§ 2084). Nur der bösgläubige Erbschaftsbesitzer und jeder Erbschaftsbesitzer seit der Rechtshängigkeit und im Verzugsfalle unterliegt einer strengeren Haftung nach den für den Eigentumsanspruch geltenden Regeln (§§ 2085—2086). Daß hinsichtlich der Bereicherung und der Verwendungen „die Erbschaft als ein Ganzes in Betracht kommt", glaubt der Entwurf noch besonders verfügen zu müssen (§ 2087). Dem Erbschaftsbesitzer, welcher vom Erben mit einer Einzelklage belangt wird, gewährt der Entwurf das Recht, die ihm vorteilhaftere Beurteilung seiner Verpflichtungen nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften zu verlangen (§ 2088). Eine „hereditatis petitio utilis" (Motive S. 597) wird dem unrichtig für tot Erklärten oder Erachteten auf Herausgabe seines Vermögens gewährt (§ 2089). Schließlich werden Bestimmungen zum Schutz der mit dem angeblichen Erben in Rechtsverkehr getretenen gutgläubigen Dritten für die Fälle der unrichtigen Todeserklärung und der Anfechtung einer Erbeinsetzung getroffen (§§ 2090—2091).

Zu den unglücklichsten Schöpfungen des Entwurfes gehört das im siebenten Titel normierte „Inventarrecht"[2]). Nimmt man den Grundsatz „Der Tote erbt den Lebendigen" an, so scheint es in der Natur der Sache zu liegen, daß man dem deutschen Recht auch in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten folgen muß. Wer von selbst Erbe wird, kann hierdurch nicht mit einer persönlichen Verbindlichkeit belastet werden. Vielmehr können sowohl die Verbindlichkeiten des

---

[1]) „Als ob das ein Unglück wäre!" ruft Bähr S. 560 aus.

[2]) Vgl. Bähr S. 561—565, dessen Einwendungen jedoch zum Teil auf Mißverständnis des Entwurfes beruhen, sowie jetzt insbesondere die für den 20. Juristentag erstatteten Gutachten von Munk Bd. 1 S. 30—87 und Heinrich Dove ebenda S. 88—131. Munk faßt sein sehr hartes, jedoch leider nur zu wohl begründetes Urteil über die vom Entwurf vorgeschlagene Ordnung, welche zur Mehrung der Konkurse und Häufung der Prozesse führen müßte, dahin zusammen, daß sie „verfehlt und widerspruchsvoll, undeutlich und im höchsten Grade unzweckmäßig" sei (S. 55—66). Fast noch ungünstiger urteilt Dove, der in unwiderleglicher Weise die inneren Widersprüche und unerträglichen praktischen Folgen des vorgeschlagenen Systems aufdeckt (S. 112 ff.) und am Schluß (S. 131) meint, bei allen Meinungsverschiedenheiten über die befriedigendste Regelung der Erbenhaftung werde doch die Einigung über eines nicht schwer sein, und das sei für den Augenblick die Hauptsache: „Die Regelung des Inventarrechts im Entwurf, insbesondere die Abzugseinrede, ist eine unglückliche Schöpfung. Sie darf nicht in das Gesetzbuch übergehen."

Erblassers als auch die kraft Gesetzes oder kraft einer Verfügung des Erblassers mit der Erbschaft verknüpften Verbindlichkeiten den Erben nur als Passivbestandteile eines ihm angefallenen Sondervermögens ergreifen. Somit muß der Satz gelten, daß der Erbe **nur mit dem Nachlaß** haftet. Jede persönliche Haftung des Erben, und sei sie auch auf die Höhe des Nachlasses beschränkt, widerspricht einem System, bei welchem der Erbe nicht durch eigne Willensthat Erbe wird. Es bedarf aber der Sicherung der Nachlaßgläubiger. Der Erbe, welcher die Erbschaft behalten will, muß dafür sorgen, daß der Nachlaß zur Befriedigung der auf ihm ruhenden Verbindlichkeiten und zwar im Falle der Unzulänglichkeit verhältnismäßig verwandt werde. Er muß daher vor allem das ihm angefallene Sondervermögen bis zur erfolgten Vereinigung von seinem eignen Vermögen getrennt halten. Versäumt er dies, so lädt er die Nachlaßverbindlichkeiten zugleich seinem eignen Vermögen auf. Eine gehörige Sonderung beider Vermögensmassen ist nur durchführbar, wenn ein ordnungsmäßiges Verzeichnis des Nachlasses errichtet wird. Somit ist es ein ebenso billiges wie zweckmäßiges Verlangen, daß der Erbe, falls er nicht persönlich haften will, in angemessener Frist ein Inventar errichte. Der Erbe muß aber auch, sobald sich die Unzulänglichkeit des Nachlasses herausstellt, bei Vermeidung eigner Haftung jedem Nachlaßgläubiger die anteilige Befriedigung aus dem Nachlaß offenhalten. In diesem Sinne ordnet das Preußische Landrecht, das sich durchaus bewährt hat, die Haftungsverhältnisse [1]). Es sind noch andere Ordnungen denkbar, wie sie ja das

---

[1]) Mit den hier angedeuteten Grundgedanken stimmen die von **Munk** S. 66 ff. gemachten Vorschläge durchweg überein. **Munk** verwirft gleichfalls den Ausgangspunkt der persönlichen Erbenverbindlichkeit und hält allein die Behandlung des Nachlasses als einer fortbestehenden objektiven Einheit für volkstümlich und zweckmäßig; der Erbe soll also nur mit den Mitteln des Nachlasses haften, jedoch bei Vermeidung persönlicher Haftung den Nachlaß getreulich zu verwalten und insbesondere in angemessener Frist ein Inventar zu errichten haben; für gesetzmäßige Verteilung des Nachlasses soll er von dem Augenblicke an einstehen, in welchem ihm bei Anwendung der schuldigen Sorgfalt die Unzulänglichkeit des Nachlasses nicht entgehen konnte; in solchem Falle hat er aber das Recht, den Nachlaßkonkurs oder, falls die Voraussetzungen eines solchen nicht vorliegen, ein Absonderungsverfahren zu beantragen; ein Absonderungsrecht soll auch den Nachlaßgläubigern zustehen. Der auf dieser Grundlage ausgearbeitete Gegenentwurf von **Munk** S. 83—87 ist im wesentlichen durchaus annehmbar! — Für grundsätzliche Beschränkung der Erbenhaftung auf den Nachlaß erklärt sich auch **Kühnast**, Erbrechtliche Studien S. 672—679.

geltende Recht in großer Mannigfaltigkeit aufweist [1]). Das neu ersonnene System des Entwurfes aber ist durch und durch ungesund; es ist in sich ungerecht und widerspruchsvoll und leidet an unnötiger Verkünstelung und Verwicklung. Vermutlich würde es Mißverständnis auf Mißverständnis zeitigen. Ein schlauer Erbe und ein geriebener Gläubiger mag vielleicht in diesen achtundfünfzig Paragraphen wertvolle Mittel entdecken, um sich auf Kosten anderer einen Vorteil zu verschaffen. Der schlichte und redliche Mann würde weder als Erbe noch als Gläubiger jemals wissen, woran er eigentlich ist!

Nach dem Entwurfe haftet der Erbe persönlich für alle „Nachlaßverbindlichkeiten", d. h. nicht bloß für die auf ihn übergegangenen Verbindlichkeiten des Erblassers, sondern auch für die ihm „als Erben" obliegenden Verpflichtungen aus Vermächtnissen, Auflagen, Pflichtteilsrechten, den von einem Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger vorgenommenen Rechtsgeschäften und sonstigen Gründen; er hat jedoch das als „Inventarrecht" bezeichnete Recht, „die Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Erfüllung aller Nachlaßverbindlichkeiten nach Maßgabe der §§ 2093 bis 2150 zu verweigern" (§ 2092). Dieses Recht, das der Erblasser selbst mit Zustimmung des Erben nicht ausschließen kann (§ 2093), steht dem Erben kraft des Gesetzes zu und bedarf auch zu seiner Erhaltung einer Inventarerrichtung oder irgend einer anderen Handlung seitens des Erben grundsätzlich nicht. Denn der Entwurf kennt keine gesetzliche Inventarfrist, läßt vielmehr nur durch eine gerichtliche Fristsetzung, welche auf Antrag eines seinen Anspruch glaubhaft machenden Nachlaßgläubigers erfolgt (§ 2096), eine Inventarpflicht zur Entstehung kommen. Dies „Inventarrecht" tritt also von vornherein unter einem falschen Namen in die Welt Doch erlischt es allen

[1]) So lehnt Dove S. 125—130, indem er — wenigstens bei Annahme des Prinzips der Universalsuccession — die unbeschränkte Haftung des Erben für ein Gebot der Rechtskonsequenz und jede Abweichung für „etwas Anomales" hält, seine Gegenvorschläge mehr an das römische Recht an: die beschränkte Haft soll durch die Inventarerrichtung in gesetzlicher Frist bedingt sein; die Vollständigkeit und Richtigkeit des Verzeichnisses und der beizufügenden Taxe soll durch alle denkbaren Garantieen (insbesondere Offenbarungseid des Erben) gesichert werden; im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses soll der Konkurs eintreten; außerhalb des Konkurses soll ein Anspruch auf anteilmäßige Befriedigung nicht bestehen, der Erbe vielmehr mit Ausnahme der bevorrechtigten Gläubiger, deren Vorrechte er beachten muß, die Gläubiger befriedigen dürfen, wie sie sich melden; ein besonderes Liquidationsverfahren neben dem Konkurse soll nicht stattfinden. Dem System des Entwurfes würde auch eine derartige Ordnung, obwohl sie mehr römisch als deutsch gedacht ist, weit vorzuziehen sein.

Nachlaßgläubigern gegenüber nicht bloß durch rechtsförmlichen Verzicht (§ 2094), sondern auch, sobald das Nachlaßgericht eine Inventarfrist gesetzt hat, durch Nichteinreichung eines Inventars innerhalb der Inventarfrist (§ 2095) und durch böswillige Nichtaufnahme eines Nachlaßgegenstandes in das Inventar (§ 2106 Abs. 1). Die Inventarfrist soll ein bis drei Monate betragen, kann aber auf Antrag verlängert und im Falle der Vereitelung durch höhere Gewalt oder unverschuldete Unkenntnis von der Fristsetzung auf einen binnen zwei Wochen zu stellenden Antrag während eines Jahres erneuert werden; sie beginnt nicht vor der Annahme der Erbschaft, läuft für den Erben des inzwischen verstorbenen Erben nicht vor Ablauf der Ausschlagungsfrist ab und wird durch das Fehlen eines gesetzlichen Vertreters gehemmt (§§ 2097—2101). Das Inventar muß amtlich aufgenommen sein; auf Antrag des Erben hat das Nachlaßgericht selbst entweder die Aufnahme zu bewirken oder die zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten mit der Aufnahme zu beauftragen (§§ 2102—2104). In dem Inventar sind die Aktiva und Passiva mit Wertangabe vollständig zu verzeichnen; ist es unvollständig, ohne daß eine den Verlust des Inventarrechts bewirkende böse Absicht vorliegt, so kann dem Erben eine weitere Inventarfrist zur Ergänzung gesetzt werden (§§ 2105—2106). Wer ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, kann die Einsicht des Inventars verlangen (§ 2107). Neben dem vollständigen Verlust des Inventarrechts, welcher den Erben mit einer unbeschränkten Haftung für alle Nachlaßverbindlichkeiten belastet, giebt es einen relativen Verlust des Inventarrechts, wenn dasselbe einem einzelnen Gläubiger gegenüber vertragsmäßig ausgeschlossen oder im Prozeß nicht geltend gemacht oder im Urteil nicht vorbehalten oder im Rechtsstreit über die Abzugseinrede aberkannt ist (§ 2108).

Die Geltendmachung der kraft des Inventarrechts dem Erben zustehenden Haftbeschränkung kann nach dem Entwurf auf zwei verschiedenen Wegen erfolgen.

Zunächst durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses. Durch Verlust des Inventarrechts büßt also der Erbe zugleich den Anspruch auf einen Nachlaßkonkurs ein (§ 2109), während nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses das Inventarrecht durch Fristversäumnis nicht mehr erlöschen kann (§ 2095 Abs. 2). Der Entwurf normiert den Nachlaßkonkurs im Sinne einer vollständigen Trennung des Nachlasses vom übrigen Erbenvermögen; er verweist die Nachlaßgläubiger von nun an ausschließlich auf die Geltendmachung ihrer Forderungen im Konkurse, entzieht einem nach dem Erbfall am Nachlaß bereits erlangten Pfändungs-

pfandrecht die Wirksamkeit und ordnet die Aufhebung der gegen den Erben erfolgten Vollstreckungsmaßregeln an; er behandelt den Erben, während dessen frühere Verfügungen nach außen hin wirksam bleiben, der Konkursmasse gegenüber von nun an nachträglich bis zur Annahme als negotiorum gestor und seit der Annahme als beauftragten Verwalter; er begrenzt den Umfang der Masseschulden; er macht die durch den Erbfall eingetretenen Konfusionen und Konsolidationen rückgängig und sichert dem Erben die konkursmäßige Geltendmachung eigner Ansprüche und den konkursmäßigen Eintritt in die Stelle der von ihm bereits befriedigten Nachlaßgläubiger sowie den vollen Fortbestand einer ohne seine Zustimmung von einem Nachlaßgläubiger zur Aufrechnung verwandten Forderung; er spricht endlich den Grundsatz der Konkursgläubigerschaft sämtlicher Nachlaßgläubiger aus, setzt jedoch eine Rangordnung fest, welche den Forderungen aus Pflichtteilsrecht, aus Vermächtnis oder Auflage und aus Kollationsrecht die letzte Stelle und untereinander die gebührende Reihenfolge zuweist (§§ 2110—2117). Einen nach Verteilung der Konkursmasse etwa verbleibenden Überschuß hat der Erbe zur Befriedigung der noch unbefriedigten Gläubiger zu verwenden, ohne daß er jedoch nunmehr noch an eine Reihenfolge oder Rangordnung gebunden wäre (§ 2118). In Übereinstimmung mit seiner Auffassung der Erbengemeinschaft kennt der Entwurf, sobald mehrere Erben vorhanden sind, keinen einheitlichen Nachlaßkonkurs, sondern nur einen besonderen Konkurs über jeden Erbteil (!), ordnet jedoch, falls nicht besondere Gründe entgegenstehen, die Verbindung der Konkurse über die Erbteile in einem Verfahren an (§ 2119).

Außer dem Wege des Nachlaßkonkurses aber eröffnet der Entwurf dem Erben einen zweiten Weg zur Geltendmachung des Inventarrechts, indem er demselben, solange kein Nachlaßkonkurs eröffnet ist, unabhängig von jeder Inventarerrichtung dem einzelnen Nachlaßgläubiger gegenüber die „Abzugseinrede“ gewährt. Kraft dieser Einrede kann der Erbe auf die Forderung „den Betrag in Abzug bringen, mit welchem der Gläubiger im Nachlaßkonkurse ausfallen würde“ (§ 2133 Abs. 1). Somit wird ein Nachlaßkonkurs fingiert. Wer mit der Abzugseinrede durchdringen will, muß dem Gläubiger nachweisen, wie sich bei konkursmäßiger Verteilung des Nachlasses auf sämtliche Nachlaßverbindlichkeiten, korrektes Verhalten des Erben seit dem Erbfalle vorausgesetzt, die Sache gestalten würde (§ 2133 Abs. 2)[1]. Dabei wird

[1] Die Irrfahrten, zu denen die Verweisungen dieses § 2133 Abs. 2 den Leser zwingen, hat Dove S. 117 Anm. 99 ergötzlich geschildert.

jedoch erforderlichen Falls der Wert der Forderung wie des Nachlasses durch Schätzung festgestellt (§§ 2134—2139). Gehören bedingte oder ungewisse oder unsichere Rechte oder bedingte oder zweifelhafte Verbindlichkeiten zum Nachlaß, so bleibt die endgültige Regulierung des abzuziehenden Betrages der Zukunft vorbehalten. Der Erbe muß also seit dem Erbfalle sich wie ein Konkursverwalter benehmen und jedem Gläubiger gegenüber wie ein Konkursverwalter rechnen, um seine beschränkte Haftung durchzusetzen; besitzt er aber die erforderliche Virtuosität, so kann er die Liquidation des Nachlasses auf unberechenbar lange Zeit hinaus in der Schwebe erhalten. In prozessualer Hinsicht wird dem Erben die Wahl gelassen, die Abzugseinrede sofort zu begründen oder den Vorbehalt des Inventarrechts oder der Abzugseinrede im Urteil behufs Erledigung im Wege besonderer Klage zu verlangen (§ 2141). Als unbegründet ist die Abzugseinrede zu verwerfen, wenn der Erbe die Leistung des ihm auferlegten Offenbarungseides verweigert (§ 2142). Durch das rechtskräftige Urteil über die Abzugseinrede wird weder dem Erben noch dem Gläubiger das Recht, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, entzogen; doch bleibt dann im Verhältnis zwischen dem Erben und dem Gläubiger der rechtskräftig zuerkannte Betrag maßgebend, während im Nachlaßkonkurse die Forderung ohne Rücksicht auf die Höhe des zuerkannten Abzuges zur Geltung gelangt (§§ 2144—2145). Gegenüber einem Miterben soll die Abzugseinrede nur insoweit, als derselbe bereits Gläubiger des Erblassers war, mit dem Verlust des Inventarrechts wegfallen, dagegen insoweit, als es sich um einen später entstandenen Anspruch an den Nachlaß handelt, trotz des Verzichtes oder der Verwirkung des Inventarrechts zulässig bleiben (§ 2146)[1].

Als ein vorläufiges Schutzmittel wird dem Inventarerben die Befugnis eingeräumt, die Einstellung der Zwangsvollstreckung wegen einer Nachlaßverbindlichkeit bis zur Errichtung des Inventars oder bis zum Erlöschen des Inventarrechtes, jedoch nicht über drei Monate seit Annahme der Erbschaft oder Bestellung eines Nachlaßpflegers, zu verlangen (§ 2143).

Der Inventarerbe kann ferner binnen zwei Jahren seit Annahme der Erbschaft, falls nicht bereits Konkurs beantragt ist, nach erfolgter Inventarerrichtung das Aufgebot der Nachlaßgläubiger herbeiführen, um eine Übersicht über den Stand des Nachlasses als Grund-

[1]) Über diese durchweg verunglückte „Abzugseinrede" vgl. Munk S. 61 ff., Dove S. 118 ff.

lage seiner Entschließung zu gewinnen; bei der Regelung dieses Aufgebots und seiner Wirkungen schließt sich der Entwurf in allem Wesentlichen dem preußischen Gesetz vom 28. März 1879 an (§§ 2120—2132).

Einem Erben, der zu mehreren Erbteilen berufen ist, soll das Inventarrecht für jeden Erbteil besonders in der Weise zustehen, „wie wenn die Erbteile verschiedenen Erben gehörten" (§ 2147). Eine neue Fiktion!

Durch eine besondere Bestimmung wird dafür gesorgt, daß eine Ehefrau hinsichtlich einer Erbschaft, welche zu ihrem Ehegut oder bei der Gütergemeinschaft zu ihrem Sondergut oder zum Gesamtgut gehört, nicht ohne Mitwirkung oder Mitschuld des Ehemannes ihr Inventarrecht aufgeben oder verwirken kann, während jeder Ehegatte für sich berechtigt sein soll, das Inventar zu errichten oder den Nachlaßkonkurs oder das Gläubigeraufgebot zu beantragen (§§ 2148—2149).

Gegenüber den Gläubigern des Erben wird den Nachlaßgläubigern das ihnen bisher vielfach zustehende Absonderungsrecht versagt, dafür aber innerhalb zweier Jahre seit Annahme der Erbschaft das Recht eingeräumt, im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Erbenvermögen den Nachlaßkonkurs unabhängig vom Erlöschen des Inventarrechts und von der Überschuldung des Nachlasses zu beantragen und so eine Generalabsonderung herbeizuführen (§ 2150)[1]).

Den Beschluß des Erbrechts bildet ein achter Titel, der von der „Auseinandersetzung der Miterben" handelt.

Wir haben schon gesehen, daß der Entwurf die Erbengemeinschaft streng romanistisch konstruiert. Er unterstellt sie daher den oben (S. 275—278) besprochenen Regeln über „Gemeinschaft" (§ 2151) und damit zugleich den Vorschriften über Miteigentum nach Bruchteilen (oben S. 350 ff.), über Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern (oben S. 209 ff.) u. s. w. Jeder Anklang an die gesamte Hand wird abgelehnt: nicht nur die Annahme eines personenrechtlichen Bandes zwischen den Miterben, sondern sogar die Vorstellung, daß der Nachlaß als Ganzes den Gegenstand der Gemeinschaft bilde, ist mit den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfes unvereinbar (Motive S. 696). Vielmehr entstehen lauter je nach der Beschaffenheit des Objektes verschieden geartete und nur sämtlich gleich individualistisch angelegte Kommunions-, Solidar- oder Teilverhältnisse

[1]) Für Gewährung eines Absonderungsrechtes und Ausgestaltung eines besonderen Absonderungsverfahrens Munk S. 77—80, 86—87.



hinsichtlich der einzelnen Nachlaßgegenstände und Nachlaßschulden. Nicht einmal ein gegenseitiger Anspruch der Teilhaber auf Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlaß wird anerkannt (Motive S. 697). Abweichungen vom gewöhnlichen Gemeinschaftsrecht werden nur in einigen die Auseinandersetzung betreffenden Punkten getroffen: der Erblasser kann durch Verfügung von Todes wegen bindende Teilungsanordnungen treffen; er kann die Aufhebung der Gemeinschaft in demselben Umfange, in dem dies durch Vertrag möglich ist, also immer nur mit obligationenrechtlicher Wirkung und höchstens auf dreißig Jahre, untersagen (§ 2153); die Aufhebung der Gemeinschaft kann nicht verlangt werden, solange und soweit wegen Ungewißheit des Ausganges einer Schwangerschaft oder der Entstehung einer eingesetzten Stiftung die Erbteile unbestimmt sind (§ 2154); „Schriftstücke, welche auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers oder auf dessen Familie oder auf die ganze Erbschaft sich beziehen" unterliegen überhaupt nicht dem Teilungsanspruch (§ 2155). Im übrigen vollzieht sich auch die Auseinandersetzung nach denselben Grundsätzen, welche unter Fremden gelten. Ein konstitutives Teilungsurteil ist auch hier ausgeschlossen: nur eine rein vermittelnde Thätigkeit soll das Nachlaßgericht auf Antrag eines Miterben ausüben (§ 2156). Der Entwurf ist also auch hier wieder weit romanistischer als das römische Recht, dessen Bruchteilsprinzip durch das judicium familiae herciscundae thatsächlich stark gemildert wird. Die Vorschriften über die Gemeinschaftsteilung würden in ihrer Anwendung auf die Erbengemeinschaft zwar bedenklichen Naturalteilungen vielfach entgegenwirken, desto unerbittlicher aber zur Versilberung des Familienbesitzes drängen[1]).

Aus der zu Grunde gelegten Auffassung der Erbengemeinschaft erklärt es sich, daß der Entwurf das Rechtsinstitut der Kollation zwar aufgenommen, jedoch aus jedem Zusammenhange mit der familienrechtlichen Gemeinschaft, in welcher es wurzelt, herausgerissen und auf eine selbständige gesetzliche Verbindlichkeit gebaut hat (Motive S. 698 bis 701). Er kennt keine Realkollation, sondern lediglich eine Wertausgleichung; diese aber läßt er nicht durch Einwerfung des Wertes in die Masse und somit als Stück der Gemeinschaftsauseinandersetzung vollziehen, sondern er legt dem durch eine kollationspflichtige Zuwendung begünstigten Abkömmling eine von der Erbengemeinschaft vollkommen

---

[1]) Vgl. oben S. 276. Gegenvorschläge betreffs der Auseinandersetzung auf Grundlage der Gemeinschaft zur gesamten Hand macht Strützki a. a. O. S. 180 bis 181. Vgl. auch Cosack a. a. O. S. 207 ff.

unabhängige „Ausgleichungspflicht“ wegen des „Vorempfangenen“ gegen jeden anderen miterbenden Abkömmling auf. Indem er diese Verbindlichkeit aus dem mutmaßlichen Willen des Erblassers herleitet, gelangt er zu dem höchst unbilligen Satz, daß sie nur unter mehreren als gesetzliche Erben berufenen Abkömmlingen eintritt, nicht unter den durch Verfügung von Todes wegen, sei es auch lediglich in Bestätigung der gesetzlichen Erbfolge, eingesetzten Kindern (§ 2157). Begründet wird die Ausgleichungspflicht mangels anderer Anordnung des Erblassers, der sie sowohl einschränken als erweitern kann, durch Zuwendungen wegen Verheiratung, Errichtung eines eignen Hausstandes, Übernahme eines Amtes oder Begründung eines Erwerbsgeschäftes oder einer sonstigen selbständigen Lebensstellung; nicht dagegen durch Bestreitung der Kosten der Vorbereitung zu einem selbständigen Lebensberufe (§§ 2158—2159). Ob diese Begünstigung der Studienkosten, wie die Motive meinen (S. 703), „innerlich gerechtfertigt“ ist, dürfte doch sehr zu bezweifeln sein; aus praktischen Gründen wäre die gegenteilige Entscheidung wünschenswert. Die Ausgleichungspflicht soll auf die an Stelle eines ausgleichungspflichtigen Kindes tretenden Enkel übergehen, während die einem Enkel vor Wegfall des Kindes gemachte Zuwendung im Zweifel nicht zur Ausgleichung gebracht zu werden braucht (§§ 2160—2161). Bei Zuwendungen aus gütergemeinschaftlichem Gesamtgut wird die Frage, wer als der Zuwendende anzusehen ist, durch gesetzliche Vermutungen gelöst (§ 2162). Inhaltlich geht die Ausgleichungspflicht auf Zahlung eines Geldbetrages an jeden Berechtigten, wobei der Wert des Vorempfangenen zur Zeit der Zuwendung in Ansatz gebracht und demnächst so gerechnet wird, als wenn ein entsprechender Geldbetrag unter die Berechtigten und den Verpflichteten nach Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile zu verteilen wäre (§ 2163). Schließlich werden in § 2164 hinsichtlich der Natur der Ausgleichungspflicht in drei Absätzen drei Sätze aufgestellt, von denen keiner ohne Kommentar verständlich ist. „Die Ausgleichungspflicht“, so heißt es zunächst, „gilt als eine dem Verpflichteten obliegende Nachlaßverbindlichkeit.“ Hiermit soll ausgedrückt werden, daß sie keine Herausgabepflicht ist, sondern durch den Wert des empfangenen Erbteils begrenzt wird. Denn wegen der „Nachlaßverbindlichkeiten“ hat der Erbe das „Inventarrecht“. Nun könnte man meinen, daß der Ausgleichungspflichtige hierdurch nicht genügend gesichert sei, da er ja das Inventarrecht verlieren könne. Allein für diesen Fall hat bereits § 2146 vorgesorgt, indem er unter Miterben die „Abzugseinrede“ trotz Erlöschens des Inventarrechts zugelassen hat. Ist denn ein Gesetzbuch

zur Übung in Rätselspielen da? Weiter wird gesagt: „Die Forderung des Berechtigten gilt nicht als ein Bestandteil des gesetzlichen Erbteiles desselben." Dies soll bedeuten, daß die Ausgleichung nicht zu Gunsten der Nachlaßgläubiger wirkt (Motive S. 710). Der dritte Absatz lautet: „Auf die Forderung des Berechtigten findet die Vorschrift des § 770 entsprechende Anwendung." In § 770 ist bestimmt: „Hat ein Teilhaber gegen einen anderen Teilhaber eine Forderung, welche in der unter ihnen bestehenden Gemeinschaft wurzelt, so kann er verlangen, daß die Forderung bei Aufhebung der Gemeinschaft aus dem Anteile des Schuldners an dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt werde." Durch diese Verweisung soll der Erfolg erreicht werden, daß nun doch im Verhältnis der Beteiligten zueinander die Ausgleichung wie eine Minderung und Mehrung der Erbteile wirkt; zugleich ermöglicht der Ausdruck „entsprechende" Anwendung die Übertragung von Gemeinschaftsrecht, ohne daß der Grundsatz des Entwurfes durchbrochen würde, dem zufolge eine Gemeinschaft hier nicht vorliegt (Motive S. 710—711). Ist es Zufall oder Absicht, daß gerade der letzte Paragraph des Entwurfes noch eine der feinsten Blüten der verkünstelten Technik bringt, durch welche die künftige Gesetzessprache zu einer Art von Geheimsprache gestempelt werden soll? Jedenfalls konnte der Entwurf keinen passenderen Schluß wählen! Auch sachlich aber schließt ihn die Umbildung der Kollation im Sinne einer außerhalb der Erbengemeinschaft vor sich gehenden Ausrichtung fingierter Vorausvermächtnisse in typischer Weise ab. Würde die Erbengemeinschaft deutschrechtlich geregelt, so würde sich das ganze Institut derselben als organisches Glied einfügen und damit eine völlig abweichende Gestalt empfangen[1]. —

Inwieweit neben dem wesentlich römischen gemeinen Erbrecht noch eine besondere deutsche Erbfolge gelten soll, bestimmt der Entwurf des Einführungsgesetzes. Wir haben schon darauf hingewiesen, daß unter allen Umständen die Bezeichnung der Grenzen, innerhalb deren abweichendes Recht zulässig bleibt, in das Gesetzbuch selbst gehört. Hier hätten daher Vorbehalte hinsichtlich der Erbfolge in die Hausgüter des hohen Adels, die Lehen und die Stammgüter gemacht werden müssen. Was die deutschrechtlichen Familienfideikommisse betrifft, so hätte, wie wir an anderer Stelle ausgeführt haben, die Regelung derselben überhaupt nicht aus dem Gesetzbuch ausgeschlossen werden dürfen: wenn sie zusammen mit den Lehen und Stammgütern mit der einfachen Anordnung abgethan werden,

[1]) Vorschläge in diesem Sinne macht Strützki S. 182—184.

daß die Vorschriften der Landesgesetze unberührt bleiben (E. G. Art. 35), so liegt hierin eine ebenso bequeme wie unwürdige Abwälzung der dem deutschen Gesetzgeber gestellten Aufgabe, welche lediglich durch die Schaffung eines neuen gemeinen Fideikommißrechts auf der Grundlage des Familieneigentums gelöst würde[1]). Daß und in welcher Weise endlich das bäuerliche Anerbenrecht zum gemeinrechtlichen Institut zu erheben und in den Grundzügen gemeinrechtlich zu ordnen gewesen wäre, haben wir ebenfalls früher bereits dargelegt[2]). In dieser Hinsicht jedoch bedarf es noch einiger Worte, um die im Entwurf des Einführungsgesetzes dem Anerbenrecht gewidmeten Vorschriften zu beleuchten (E. G. Art. 83—87)[3]). Denn hier wird nicht wie hinsichtlich des Familienfideikommisses dem Landesrecht eine Blancovollmacht erteilt, sondern es ist als unerläßlich angesehen, „den Rahmen festzustellen, innerhalb dessen die landesgesetzliche Regelung sich zu bewegen hat, und die Grenzen zu bezeichnen, bis zu welchen die Landesgesetzgebung in der Durchbrechung des allgemeinen Rechtes gehen kann". Dabei soll nun zwar das Landesrecht freie Hand haben, ob es das „Anerbenrecht" als gesetzliche Regel durchführen oder an die Eintragung in eine Höferolle binden, welche „zum Betriebe der Landwirtschaft oder Forstwirtschaft bestimmten Grundstücke" es dem Anerbenrecht unterwerfen, wie es das Zubehör des „Anerbengutes" begrenzen, auf welchen Kreis von Miterben es das Anerbenrecht ausdehnen und wie es die Person des „Anerben" bestimmen will: allein ihm wird jede Möglichkeit abgeschnitten, dem Anerben ein stärkeres Recht zu gewähren als einen gegen die übrigen Miterben gerichteten persönlichen Anspruch auf Überlassung des Anerbengutes

[1]) Vgl. meinen Aufsatz in Schmollers Jahrb. Bd. XII S. 429—436. Die flüchtigen Bemerkungen, durch welche die Motive zum E. G. S. 157—158 das Verfahren des Entwurfes rechtfertigen, bringen keinen neuen Gesichtspunkt. Man müßte denn dahin die Entdeckung rechnen, daß dem Institut eine „rein lokale und territoriale Bedeutung" zukommt. — Von einem anderen Standpunkte aus verlangt auch Graf Bothmer, Die Reform des adligen Erbrechts, Dresden 1888, eine Neugestaltung der Lehre durch das Gesetzbuch. — Für das Verfahren des Entwurfes Petersen S. 17—19.

[2]) Vgl. meinen Aufsatz in Schmollers Jahrb. Bd. XII S. 417—429. Die das gegenteilige Verfahren des Entwurfes begründenden Ausführungen der Motive zum E. G. S. 210—212 verlieren jedes Gewicht, sobald die schon oben S. 109—111 bekämpfte falsche Scheu vor subsidiärem gemeinem Recht aufgegeben wird. — Für das Verfahren des Entwurfes erklären sich Opitz S. 7 ff., Petersen S. 19—23.

[3]) Vgl. zu diesen Artikeln auch Petersen S. 23—28.

gegen Ersatz eines gewissen Wertes (Art. 83 Abs. 1). Das Anerbenrecht muß also überall jeden Zug einer deutschen Sondererbfolge in ein Grundvermögen abstreifen; eine landesgesetzliche Bestimmung, nach welcher der Hof dem Anerben von Rechts wegen anfällt, ist nichtig; das Recht des Anerben kann nur als ein gesetzliches Vorausvermächtnis gestaltet werden, aus welchem in Einklang mit der Abschaffung des Vindikationslegates lediglich eine Forderung entspringt. Hiermit wird z. B. das geltende hannoversche, lauenburgische, oldenburgische und bremische Recht hinfällig[1]). Unter keinen Umständen darf ferner der Gesetzgeber zu Gunsten des Anerbenrechts die Testierfreiheit einschränken; auch darf er dem Erblasser nicht das Recht entziehen, an Stelle der gesetzlich berufenen Person einen anderen Anerben aus dem gesetzlich bezeichneten Personenkreise zu ernennen (Art. 83 Abs. 2). Hinsichtlich der Ermittlung des Wertes des Anerbengutes, der Zuweisung eines Voraus an den Anerben, der Fälligkeit, der Verzinslichkeit und der Vererblichkeit der den Miterben gebührenden Abfindungen und der dem Anerben gegen die übrigen Erben (insbesondere in Ansehung der Sicherstellung) obliegenden besonderen Verpflichtungen wird die Landesgesetzgebung zu allen geeignet scheinenden Vorschriften ermächtigt (E. G. (Art. 84 Z. 1—3). Während sie aber hiermit die Befugnis empfängt, die Ansprüche der Miterben dem Umfange nach beliebig zu verkürzen, darf sie doch niemals statt der Abfindung in Kapital eine Abfindung in Rente für zulässig erklären. Alle auf die Einführung der Rentenabfindungen gerichteten Bestrebungen (vgl. meinen Aufsatz in Schmollers Jahrbuch Bd. XII S. 425—426) sind also reichsgesetzlich interdiziert. Durch eine besondere Klausel werden landesgesetzliche Vorschriften vorbehalten, nach welchen bis zur Auseinandersetzung die Veräußerung oder Belastung eines Erbanteiles am Anerbengute ohne Zustimmung der Miterben ausgeschlossen ist; doch muß die Zwangsvollstreckung wegen einer Nachlaßverbindlichkeit zulässig bleiben; auch kann die Übertragung des „Anspruchs" eines Erben auf Auseinandersetzung und Abfindung nicht für unzulässig erklärt werden (E. G. Art. 84 Z. 4). Nach dem Entwurfe fällt nämlich das Anerbengut zunächst einmal unweigerlich jedem Miterben zu einem Bruchteile an; soweit also das Landesrecht etwa nicht den ihm zur Verfügung gestellten Riegel vorschiebt, kann jeder Miterbe mit dinglicher Wirkung seinen Miteigentumsanteil veräußern und verschulden und so das Anerbenrecht vereiteln. Das bestehende Recht bedarf solcher künst-

---

[1]) Gegen Art. 83 Abs. 1 erklärt sich auch Petersen S. 24—26.

lichen Hülfen nicht, da es entweder den Hof in das Alleineigentum des Anerben fallen läßt oder vor der Auseinandersetzung keine gesonderten Anteile der Miterben kennt. Dritten gegenüber bleibt überdies das gewährte Auskunftsmittel zweifelhaft und unvollkommen (Motive S. 219). Daß der Entwurf sich beeilt, den Nachlaßgläubigern einschließlich der auf den Anteil eines nicht zum Anerbenrecht berufenen Miterben angewiesenen Vermächtnisnehmer und Ausgleichungsberechtigten den Zugriff in eine Quote des Hofes zu sichern und schon vor der Auseinandersetzung mindestens die Übertragbarkeit und Pfändbarkeit der künftigen Abfindungen zu gewährleisten, entspricht seiner Grundtendenz. Das Pflichtteilsrecht bleibt gegenüber dem Anerbenrecht in Kraft, doch kann durch Landesgesetz bestimmt werden, daß bei der Bemessung des Pflichtteiles das Anerbengut nur zu dem Übernahmepreise unter Abzug des Voraus in Ansatz kommt (Art. 85)[1]). Eine besondere reichsgesetzliche Vorschrift verpflichtet den Anerben, welcher das Anerbengut übernimmt, gegenüber jedem der übrigen Erben, „die demselben obliegenden Nachlaßverbindlichkeiten insoweit zu tragen, als zur Berichtigung der letzteren der Anteil des Erben an dem von dem Anerben nach Abzug des Voraus zu ersetzenden Werte des Anerbenguts und an den außer dem Anerbengut vorhandenen Nachlaßgegenständen nicht hinreicht" (E. G. Art. 86). Hierdurch soll das Prinzip der Geteiltheit der Nachlaßverbindlichkeiten nach Erbteilen, welches durch den dem Anerben gebührenden Vorteil an sich keine Modifikation erfährt, zwar den Nachlaßgläubigern gegenüber aufrechterhalten, jedoch im Verhältnis der Miterben zum Anerben unschädlich gemacht werden. „Konstruktionell" wird dabei eine „Teilungsanordnung" des Erblassers mit „Vorausvermächtnis" und entsprechender „Beschwerung" des letzteren durch eine nicht als weiteres Vermächtnis zu Gunsten der übrigen Erben, sondern als „Beschränkung" aufzufassende „Verpflichtung" zur Übernahme des fraglichen Teiles der Nachlaßverbindlichkeiten unterstellt (Motive S. 223). Welche Künstelei bei einer auf Bauern berechneten Ordnung! Dabei ist zu beachten, daß zu den „Nachlaßverbindlichkeiten" auch die bloß auf dem einen oder anderen Erbteil lastenden Vermächtnisse und Ausgleichungspflichten gehören. Die Landesgesetzgebung aber kann hieran nichts ändern, ja nicht einmal auftauchende Zweifel (z. B. über den maßgebenden Zeitpunkt) lösen, „da es sich um die allgemeinen Grundsätze von der

[1]) Hiergegen erklärt sich Petersen S. 27—28. Er verlangt Anrechnung der Begünstigungen auf den Pflichtteil, damit nicht der Landesgesetzgebung in der Verkürzung der Rechte der Miterben völlig freie Hand gelassen werde.

Schuldenhaftung handelt" (Motive a. a. O.). Schließlich wird die Landesgesetzgebung ermächtigt, hinsichtlich des zu einem gütergemeinschaftlichen Gesamtgut gehörenden Anerbenguts die Grundsätze des bürgerlichen Gesetzbuchs über die Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft durch den Tod sowie über die Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft abzuändern: sie darf hier einem der Teilhaber das Recht der Gutsübernahme unter den für den Anerben geltenden Begünstigungen einräumen; doch ist sie hierbei insoweit, als das bürgerliche Gesetzbuch dem überlebenden Ehegatten oder den Erben des verstorbenen Ehegatten ein Übernahmerecht gewährt, an die übernahmeberechtigten Personen gebunden; das Übernahmerecht mit den Anerbenvorteilen bleibt dann, falls es dem überlebenden Ehegatten zusteht, im übrigen den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches über eheliches Güterrecht unterworfen, während es in anderen Fällen durchaus den Regeln des Anerbenrechts unterliegt; die Freiheit des Ehevertrages darf nicht angetastet werden (Art. 87). Wie wenig zum Teil diese Zugeständnisse dem Bedürfnis genügen, haben wir schon bei der Besprechung des ehelichen Güterrechts hervorgehoben. So aber werden überhaupt durch diese Bestimmungen des Einführungsgesetzes der Landesgesetzgebung Fesseln auferlegt, welche eine freie und gedeihliche Entwicklung des Anerbenrechts vielfach hemmen würden. Die Hoffnung, daß das deutsche Gesetzbuch selbst eine Reform des Erbrechtes in ländlichen Grundbesitz anbahnen werde, mußte verfliegen, sobald der Geist der neuen Rechtsordnung sich zuerst in schattenhaften Umrissen offenbarte. Immerhin schien noch eine gewisse Aussicht zu bleiben, daß einer derartigen Reform mindestens eine unterstützende und fördernde Mitwirkung des Reichsprivatrechts nicht fehlen werde. Auch hiervon ist nicht mehr die Rede. Schon müssen wir es als Gunst betrachten, wenn das Einführungsgesetz dem Anerbenrecht überhaupt das Leben fristet. Denn in die Rechtswelt des Entwurfes paßt dieses Kind germanischer Gedanken, die nach korrekt romanistischer Anschauung teils dem abgestorbenen Mittelalter und teils einer noch ungebornen Zukunft angehören, übel hinein. Wollte aber der deutsche Gesetzgeber dem Anerbenrecht nichts als die Duldung in der Gestalt partikulärer Sonderrechtsbildung gewähren, so hätte er es auch mit der Stellung unter gemeinrechtliche Polizeiaufsicht verschonen sollen. Warum versagt er hier dem Landesrecht die Bewegungsfreiheit, die er ihm bei fast sämtlichen anderen zahlreichen Vorbehalten der Art. 33—91 des Einführungsgesetzes vertrauensvoll einräumt? Greift etwa das Institut der Familienfideikommisse weniger tief in das vorgeschlagene gemeine Erbrecht ein? Und

doch soll die Landesgesetzgebung das Fideikommißrecht aus dessen eignem Wesen heraus mit Hülfe der geeignet scheinenden Rechtsgedanken selbständig aufbauen dürfen! Hier dagegen unternimmt es der Gesetzgeber, dem verdächtigen jungen Geschöpf von Reichs wegen die Flügel zu beschneiden, damit es nimmermehr aus dem beengenden Gehege der romanistischen Begriffe entrinne. Wie es nun freilich in seinem Gefängnis ins Breite und Fette auswachsen mag, das kümmert ihn nicht. Das Landesgesetz kann thatsächlich die Anteile der Miterben ganz illusorisch machen, die Anerbentaxe in die Nähe von Null herabdrücken, den Voraus auf 99/100 festsetzen. Solche Fragen der materiellen Gerechtigkeit haben für das deutsche Reichsprivatrecht nur eine untergeordnete Bedeutung. Sie sind mehr „politischer“ und „socialer“ als „juristischer“ Natur. Dem obersten Bedürfnis der Rechtseinheit ist genügt, wenn nur durch das Sonderrecht die großen konstruktiven Prinzipien des Gesetzbuches nicht geschädigt werden, das Erbrecht Ausfluß des erklärten oder vermuteten individuellen Willens bleibt, der Gedanke der Universalsuccession kein Loch bekommt, das Grundstück als ein in Kapital darstellbarer Nachlaßgegenstand zuletzt doch geteilt wird und schließlich die „Verkehrssicherheit“ nicht leidet. Nach unserer Meinung aber hat das deutsche Volk von seinem Reiche eine andere Art von Rechtseinheit zu fordern! Und wir begrüßen die Bestimmungen des Einführungsgesetzes über das Anerbenrecht nur deshalb mit einer gewissen Befriedigung, weil sie geeignet sind, weiten Kreisen die Augen darüber zu öffnen, in welches Knechtsgewand künftig echtes deutsches Volksrecht sich kleiden muß, um auch nur als geduldetes Sonderrecht vor dem sogenannten deutschen Recht des bürgerlichen Gesetzbuches zu bestehen. Denn endlich muß doch die Überzeugung durchbrechen, daß es so nicht geht!

Neunter Abschnitt.

Die Zukunft des Entwurfes.

So geht es wirklich nicht! Aber was soll nun geschehen? Seit wir am Schluß des ersten Stückes dieser Abhandlung bei deren erstmaliger Veröffentlichung diese Frage aufgeworfen haben, ist die Litteratur über den Entwurf zu einer kleinen Bibliothek angewachsen. Zahlreiche und dankenswerte Verbesserungsvorschläge zu einzelnen Teilen des Entwurfes sind aufgetaucht. Zugleich aber haben sich gewichtige Stimmen mit Vorschlägen über die weitere Behandlung des Gesetzeswerkes im Ganzen vernehmen lassen.

Niemand hat, soviel wir sehen, die unveränderte Annahme, niemand auch nur die unveränderte Vorlage des Entwurfes bei dem deutschen Reichstage empfohlen. Die amtliche Ausgabe selbst trägt den Vermerk: „Erste Lesung". Auch die wärmsten Freunde des Entwurfes erkennen dessen Verbesserungsbedürftigkeit an und nehmen eine zweite Lesung in Aussicht, bei welcher die eingegangenen und noch zu erwartenden Beurteilungen zu prüfen und Form und Inhalt des Gesetzbuches einer Revision zu unterziehen sein würden. Allein sie meinen, es könne und dürfe sich hierbei nur um Änderungen im einzelnen handeln. Die Ansichten darüber, von wem diese Arbeit zu thun ist, gehen auseinander. Soll das Programm schnell und glatt durchgeführt werden, so muß man im wesentlichen dieselbe Kommission, welche das Werk hergestellt hat, mit der Revision desselben betrauen. Sie wird sich der Notwendigkeit von Abänderungen da nicht verschließen, wo entweder zweifellose Ungenauigkeiten, Widersprüche und sonstige Fehler aufgedeckt sind oder (wie etwa hinsichtlich des Satzes „Kauf bricht Miete") ein überwiegender Druck der öffentlichen Meinung eine Nachgiebigkeit in einer grundsätzlichen

Frage rätlich macht. Im übrigen wird sie an ihrem Werke nicht rütteln. Sie wird ohne besondere Schwierigkeiten die verlangten Änderungen dem geschlossenen Wesen des Entwurfes anpassen und etwaige Zusätze demselben harmonisch einfügen. In das kunstvoll gewobene Netz technischer Begriffe, mit denen sie einen zum Teil sehr spröden Stoff zu meistern verstanden hat, wird sie auch die ihr aufgedrungenen Rechtsgebilde einzufangen wissen, zumal ja im Notfall das nie versagende Mittel der Fiktion, von dem sie so reichlich Gebrauch gemacht, ihr stets zu Gebote steht. Auch wird sie das Neue unschwer in der eigenartigen Sprache ausdrücken, welche sie, wie richtig bemerkt worden ist, im Gefolge eines vierzehnjährigen energischen Denkprozesses hervorgebracht und mit unvergleichlicher Virtuosität zu handhaben gelernt hat. Tiefergreifende sachliche Umgestaltungen wird sie ablehnen; kann sie doch mit Fug sich darauf berufen, daß in ihrem Schoße das Für und Wider jeder „Kontroverse" bereits sorgfältig und auf Grund umfassenden Materials erwogen ist. Kurz, sie wird mit mehr oder minder erheblichen Verbesserungen doch dasselbe Werk ohne Abbruch an seiner inneren und äußeren Einheit und an allen seinen glänzenden Eigenschaften vorlegen. Freilich auch ohne Tilgung irgend eines jener Grundgebrechen, die für uns das Ganze unannehmbar machen.

Ein derartiges Verfahren würde den Wünschen eines großen Teiles der deutschen Juristenwelt entsprechen. Die meisten bisher veröffentlichten „Gutachten aus dem Anwaltstande" haben sich in diesem Sinne erklärt. Äußerungen zahlreicher Praktiker und nicht weniger Theoretiker in Abhandlungen, in Vorträgen, in der Presse stimmen damit überein. Man hat eben in diesen Kreisen zwar manches an Form und Inhalt auszusetzen, ist jedoch mit dem in Aussicht gestellten neuen Juristenrecht im Grunde nicht allzu unzufrieden. Wenn die äußere Fassung anfangs fast allgemein befremdet hat, so hat man allmählich mit Genugthuung bemerkt, daß denn doch zuletzt für den geschulten Juristen diese Sprache erlernbar, diese Begriffswelt zugänglich ist. Der Reiz der überwundenen Schwierigkeiten steigert die Bewunderung für die feine und kunstvolle Technik des stilgerechten Baues. Daß der Entwurf an Volkstümlichkeit hinter allen anderen neueren Gesetzbüchern zurücksteht, muß man zugeben. Allein bei der Geringschätzung, mit welcher der routinierte Jurist auf den Rechtsverstand der Laien herabzublicken pflegt, hält man dies für kein Unglück. Manche Leute stellen sich ein „volkstümliches" Gesetzbuch nach Art einer Hausapotheke vor, so daß jedermann darin nur nachzuschlagen braucht, um

die Lösung einer rechtlichen Schwierigkeit zu finden und vorkommenden Falles einen Anwalt zu ersparen. Solche thörichten Vorstellungen müssen herhalten, um an ihnen die Idee des Volksrechtes ad absurdum zu führen. Als wenn echte Volkstümlichkeit und seichte Popularität zusammenfielen! Als wenn nicht ein gutes Gesetzbuch dem großen Kunstwerk gleichen müßte, das mit elementarer Gewalt auf jede für Schönheit empfängliche Seele wirkt und dessen Gedankenreichtum gleichwohl der geübteste Kunstverstand nicht in Jahrhunderten erschöpft! Oder verhält es sich etwa anders mit der sixtinischen Madonna und mit dem ersten Teil des Faust und mit Schillers Dramen? So wird auch ein geniales Gesetzeswerk in seinem Gedankengehalt nur von den Trägern höchster wissenschaftlicher Bildung ausgeschöpft werden können, ja es wird Tiefen bergen, die sich erst der Zukunft enthüllen. Allein es wird dennoch auch dem einfachen Manne, dem der Sinn für das Recht eingeboren ist, die großen und einfachen Grundzüge der Rechtsordnung offenbaren, es wird in ihm mit siegender Kraft die Empfindung des Gerechten wecken, es wird ihm den Ruf entlocken: Ja, das ist Recht, ist unser Recht, ist gutes Recht[1])! Leichter noch findet sich die Mehrzahl der deutschen Juristen mit dem Vorwurfe ab, daß dieses Gesetzbuch mehr römisch als deutsch ist[2]). Was sie vom deutschen Recht wissen, pflegt ohnehin sie nicht schwer zu belasten. Die ganze Erziehung unseres Juristenstandes ist darauf angelegt, ihn den einheimischen Rechtsgedanken zu entfremden. Unsere Wissenschaft des deutschen Rechtes, die noch mit so manchem Fehler der Jugend behaftet ist, hat bisher die Aufgabe einer tieferen Einwirkung auf das juristische Denken sehr unvollkommen gelöst. Sie hat sich vielfach in die Geschichte der Anfänge verloren und den Schein erweckt, als habe sie nur historische Belehrung zum Ziel. In einer breiten und einflußreichen Richtung ist sie sogar sich selbst untreu geworden und ver-

---

[1]) In dem Leitartikel der Nationalzeitung Jahrg. 1889 Nr. 332 wird bemerkt, diesem Ideale entsprächen etwa die zehn Gebote; daß für ein erheblich umfangreicheres Gesetzbuch sich diese Anweisung mit Nutzen verwerten lasse, müsse ernstlich bezweifelt werden. Derartige Widerlegungen bestätigen, daß der juristische Handwerksstolz bei uns in der That noch sonderbare Blüten treibt. Doch ergeben die oben S. 17—20 zusammengestellten Urteile denkender Juristen zum Glück das Übergewicht einer andern Gesinnung!

[2]) Daß auch in dieser Hinsicht bei zahlreichen tiefer denkenden Juristen sich gesundere Anschauungen Bahn gebrochen haben, zeigen die oben S. 20—23 angeführten Urteile und viele bei einzelnen Materien mitgeteilte Äußerungen und Gegenvorschläge.

kündet gläubiger als ihre romanistische Schwester die alleinseligmachende Kraft der römischen Dogmen. Aber wäre dem auch anders, so steht doch nun einmal als Thatsache fest, daß das römische Recht bei uns recipiert ist! Wer also zur historischen Schule gehört, kann die Geschichte selbst wider unser heimisches Recht aufrufen. Denn um die andere große Thatsache, daß das deutsche Recht trotz allem nicht gestorben ist und mitten unter uns lebt und seit der Erneuerung unseres nationalen Lebens sich mehr und mehr zu neuer Blüte entfaltet hat, braucht er sich nicht zu kümmern. Im ganzen indes ist der moderne Jurist überhaupt der geschichtlichen Betrachtungsweise nicht sonderlich zugeneigt. Das Recht soll zweckmäßig und handlich sein: ist es praktisch brauchbar, so kommt wenig oder nichts auf sein Ursprungsland an! Vielfach wird daher die ganze Frage nach der römischen oder deutschen Herkunft der Sätze des Entwurfes geradezu für eine müßige oder lächerliche Gelehrtenschrulle erklärt. Und man hört die tiefsinnige Weisheit aussprechen, daß eine moderne Kulturnation wie die deutsche bei der Abfassung eines Gesetzbuches lediglich sich bemühen solle, überall das „Beste" herauszusuchen, möge dasselbe nun in Rom oder in Germanien oder etwa in China zu Hause sein. Es ist die alte und unausrottbare naturrechtliche Denkweise, welche stets die große Masse der „Gebildeten" beherrschen wird und auch in den Köpfen unserer Juristen immer wieder die mühsam angequälten geschichtlichen Allüren durchbricht. Neu ist nur das nationale Gewand, in das sie sich kleidet. Denn das weltbürgerliche Recht wird herbeigerufen, um der nationalen Idee zu dienen: es soll durch Verwirklichung der Rechtseinheit in einer von örtlichen Einflüssen unabhängigen Gestalt einen neuen festen Kitt des Deutschtums bilden, dem „Partikularismus" aber den Todesstoß versetzen. Als wenn wir mit der formalen Einheit schon den nationalen Gehalt und mit der Negation des Stammestums schon das Deutschtum besäßen! So aber nennt sich heute überhaupt bei uns vielfach „national", was im Grunde „kosmopolitisch" ist. Kann doch die kosmopolitische Tendenz, indem sie zunächst unter dem Schilde der nationalen Einheitsbestrebungen gegen alles Bodenständige und heimatlich Gefärbte ankämpft, eine gute Strecke vorwärtsrücken. Warum soll also nicht auch im Recht das eigentlich „Deutsche" zum Opfer fallen, damit wir zum abstrakt „Nationalen" gelangen? Je mehr unser nationales Recht dem römischen ähnelt, desto weniger läuft es jedenfalls die Gefahr, eine sächsische oder fränkische oder schwäbische Trübung zu erleiden! Was schließlich die sociale Aufgabe des Privatrechts betrifft, so treten ernste Bedenken gegen die Gesamthaltung des Entwurfes

in der überwiegenden Mehrzahl der fachmännischen Beurteilungen nicht zu Tage[1]). Einem Teile unserer Juristen sind die individualistischen und kapitalistischen Grundanschauungen des Entwurfes in Fleisch und Blut übergegangen. Für andere handelt es sich hier um fremdartige Dinge, mit denen eine Privatrechtskodifikation nicht belastet werden darf. Es ist merkwürdig, wie wenig selbst der großartige sociale Zug des Preußischen Landrechts bei den heutigen preußischen Juristen volles Verständnis findet.

Auch außerhalb der juristischen Kreise ist der Wunsch verbreitet, den vorliegenden Entwurf mit einzelnen Verbesserungen baldigst zum Gesetzbuch erhoben zu sehen. Man beklagt die das Verständnis der Laien erschwerende Form und nimmt dieselbe zugleich zum Vorwande, jeden Versuch eigner Kenntnisnahme zu unterlassen. So weiß man herzlich wenig von dem Inhalt der vorgeschlagenen neuen Rechtsordnung und dies Wenige nur aus sehr mittelbarer Quelle. Allein man hat das unbestimmte Gefühl, daß das aus langjähriger Arbeit hervorragender Juristen entsprungene Werk doch eine Fülle von Vorzügen haben müsse. Angriffe anderer Juristen hält man für „übertrieben" und ist jedenfalls der Meinung, die Juristen hätten ihren Streit unter sich auszutragen. Die Beseitigung einzelner Mängel betrachtet man als unschwierig. Insbesondere wird, wo ein bestimmtes „Interesse" verletzt oder nicht hinreichend beachtet zu sein glaubt, auf eine Abänderung gerade in diesem Punkte gehofft. Sonstige Bedenken aber überwindet man aus patriotischen Beweggründen. Der stürmische Einheitsdrang, dem wir unsere staatliche Wiedergeburt verdanken, ist in der Seele des Volkes glücklicherweise noch nicht erloschen. Auch auf dem Rechtsgebiet möchte man die Erfüllung des alten Traumes, die Stillung der langen Sehnsucht sobald wie möglich erleben. Solcher starken Empfindung ordnet man bereitwillig die kritische Erwägung unter. Man meint aber auch, daß dasjenige, was wir bekommen würden, unter allen Umständen besser als dasjenige wäre, was wir haben. Denn darüber ist das gebildete Publikum einig, daß der gegenwärtige Rechtszustand schlechthin unerträglich ist. Auch wer selbst bei seinem bisherigen Recht sich ganz behaglich befunden hat, empfindet Mitleid und Beschämung, wenn ein schauerliches Gerücht ihm die Zahl der in Bayern „noch geltenden Partikularrechte" meldet oder Anekdoten

[1]) Inzwischen hat sich jedoch die Zahl der Stimmen, welche eine socialere Färbung des Gesetzbuches verlangen, erheblich gemehrt; vgl. die oben S. 23—26 zusammengestellten Äußerungen.

über Dörfer, in denen diesseits und jenseits des Baches verschiedenes Recht herrscht oder gar die Rechtsgrenze mitten durch ein Haus schneidet, an sein Ohr dringen.

Nur aus einer derartigen Stimmung heraus läßt es sich verstehen, daß sogar von solchen, die den gegenwärtigen Entwurf im Ganzen verwerfen, dessen möglichst baldige Einführung empfohlen wird.

In diesem Sinne hat sich namentlich **Bekker** ausgesprochen [1]). Denn seine Beurteilung von „System und Sprache" des Entwurfes kann nur als eine scharfe Verurteilung bezeichnet werden. Sie läßt zwar den Inhalt unberührt, erstreckt sich aber auf dessen begriffliche Grundlagen und würde daher selbst dann, wenn Form und Inhalt zu trennen wären, das Werk im Ganzen treffen. So erklärt denn auch **Bekker** ausdrücklich, der Entwurf sei „kein Meisterstück, kein Werk, auf das Deutschland mit Stolz zu blicken hätte", werde „auch, zum Gesetz erhoben, sich nicht als **monumentum aere perennius** bewähren". Allein trotzdem verlangt er, daß derselbe „eingeführt werde sobald wie möglich und darum auch verändert sowenig wie möglich". Denn zweierlei schaffe uns die Annahme: „die fertige Rechtseinigung und den derben Anstoß zur Rechtsbesserung". Die Rechtseinigung sei eine politische Notwendigkeit, ein unentbehrliches Glied im Bau des Deutschen Reiches; jede Zögerung sei gefährlich; es sei schon ein Fortschritt von der größten nationalen Bedeutung, wenn nur einmal die bisherige Zerklüftung unseres Rechts beseitigt sein werde. Sobald dann aber mit der Einheit des Rechtes die Einheit der Praxis und der Litteratur, der Lehre und der Ausbildung der jungen Juristen gewonnen sei, werde die Kraft nicht fehlen, auf Grund der gemachten Erfahrungen durch eine tiefgreifende Umarbeitung ein wirklich gutes Gesetzbuch herzustellen. Zu den besten Eigenschaften des deutschen Volkes gehöre die Fähigkeit, aus den eigenen Versehen und Mißgriffen zu lernen; so trage gerade ein handgreiflich schlechtes Gesetz den Keim zur Besserung unserer Rechtszustände in sich. Daß das ganze Volk doch kein gemeiner Körper sei, um daran mit Gesetzbüchern zu experimentieren, und daß man auch aus dem verunglückten Entwurfsversuche genugsam lernen könne, sei „als Regel schön wahr und richtig". Für diesen besonderen Fall jedoch sei ausnahmsweise „die Umarbeitung des Gesetzbuches einer Umarbeitung des Entwurfes vorzuziehen". Demgegenüber glauben wir, daß es von jener Regel eine Ausnahme nicht geben kann! Der Gedanke, ein neues Privatrecht probeweise einzu-

[1]) Bekker, Heft 2 der Beiträge; vgl. bes. S. 73 ff.

führen, erscheint uns unter allen Umständen als eine Ungeheuerlichkeit[1]). Wenn derselbe den Gesetzgebern des vorigen Jahrhunderts nicht fernlag und bei der Einführung des westgalizischen Gesetzbuches ziemlich unverhüllt zum Ausdruck kam, so hat sich doch eben seither unsere ganze Anschauung von dem Wesen des Rechts und seinem Verhältnis zum Volksleben gewandelt. Daß gleichwohl der echt naturrechtliche Gedanke heute von einem Vertreter der geschichtlichen Rechtsauffassung wieder aufgenommen werden kann, würde unbegreiflich sein, wenn nicht die moderne Verdünnung der nationalen Idee den Schlüssel des Verständnisses böte. Sobald man schon der rein formalen und inhaltleeren Einheit, welche sich aus der Streichung der Besonderheit ergiebt, einen absoluten Wert beimißt, muß man naturgemäß jedes beliebige einheitliche Gesetzbuch als nationalen Fortschritt begrüßen. Alle etwaigen Mängel werden dann durch das „unschätzbare und unersetzbare" Verdienst aufgewogen, welches in der Aufhebung von Rechtsverschiedenheiten liegt. Schafft man nur erst einmal tabula rasa, so wird die entfesselte nationale Kraft Wunder thun. Am sichersten würde man hiernach eigentlich verfahren, wenn man zunächst sich auf die Abschaffung der bestehenden Rechte beschränkte und dem nunmehr in ungeahnter Herrlichkeit hervorbrechenden nationalen Rechtsgeiste, der ja in seiner neuen Freiheit zugleich eines starken Spornes zu schleuniger Produktion nicht entbehren würde, das Weitere überließe. Da jedoch ein vollständiges Interregnum praktisch nicht wohl ausführbar ist, so erreicht man annähernd das Ziel, indem man ein möglichst dürftiges und unbefriedigendes Gesetzbuch als Zwischenherrscher auf den Thron setzt. Hier liegt denn doch, wie wir meinen, ein überaus verhängnisvoller Irrtum zu Grunde! Mag man sich die rechtsschöpferische Begabung der kommenden Generationen noch so glänzend vorstellen, so wird doch auch für sie der Satz gelten, daß es leichter ist, zu zerstören als aufzubauen! Unser geltendes Recht ist kein wertloser Plunder, den man ohne weiteres beiseite werfen darf: es enthält eine unermeßliche Fülle von geschichtlichem Leben und weit mehr von deutschem Volkstum, als der Pandektist sich träumen läßt. Wir sind es unseren Vätern wie unseren Söhnen schuldig, nichts davon zu opfern, bevor wir etwas Besseres an die Stelle zu setzen haben. „Denn mit dem

[1]) Vgl. dagegen auch **Koch**, Heft 4 der Beiträge S. 54, und **Bähr**, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 31 S. 359 u. 370. Der letztere zweifelt, ob **Bekkers** Vorschlag „ernst gemeint", und vergleicht ihn dem Rat, den man einem Manne gäbe, „sich in einen Sumpf zu stürzen in der sicheren Erwartung, es werde ihm dann die Kraft erwachsen, sich selbst am Zopfe wieder herauszuziehen".

Recht ist es wie mit der Ehre: was ihr in einer unglücklichen Stunde weggebt, bringt oft keine Reue zurück" [1]). Die bloße äußerliche Einheit vermag uns nicht zu entschädigen. Vielleicht würde auch Bekker vor seinem Vorschlage zurückgescheut sein, wenn nicht in ihm der Pandektist mitspräche, den das stolze Vorgefühl einer bevorstehenden Alleinherrschaft des Pandektenrechtes erfüllt [2]). Ein schlechtes Pandektenkompendium interimistisches deutsches Gesetzbuch, bessere Pandektenlehrbücher und Pandektenvorlesungen die Schule, aus der das endgültige Gesetzbuch der Zukunft hervorgehen soll, — das sind in der That verlockende Aussichten! Nach Bekker unterscheidet sich „der Romanist unserer Tage" von dem Germanisten hauptsächlich dadurch, daß er, während der letztere unter dem Bann von „Sentimentalität und Romantik" eine herzliche Zuneigung für Sätze vaterländischer Herkunft empfindet. der Frage nach der Heimat der Rechtssätze „mit vollkommener Gleichgültigkeit" gegenübersteht und „in nüchterner Wertschätzung des Nützlichen" von dem Inhalte des Rechts nichts als praktische Brauchbarkeit fordert. Diese „utilitarische Auffassung" ergiebt sich ihm gerade aus der „geschichtlichen Forschung". Außerdem aber erkennt er die wissenschaftliche Überlegenheit der römischen Rechtskundigen über unsere Altvordern und sucht daher, während ihm auf die inhaltliche Übereinstimmung unseres Rechtes mit dem römischen Recht nichts ankommt, mit aller seiner Kraft dahin zu wirken, „daß unser eigenes Recht ebenso aufgeführt und durcharbeitet werde, wie das römische einst aufgeführt und durcharbeitet worden ist". Dem „Ideal des Romanisten" entspreche gerade der Entwurf wenig, indem er „nicht frisch aus dem Leben geschöpft, sondern das Produkt einer künstlichen, mühsam berechnenden Arbeit" sei und dennoch des wahrhaft wissenschaftlichen Aufbaues, der klar ausgedachten Grundbegriffe und der folgerichtigen Entwicklung derselben zu anschaulichen Rechtssätzen entbehre: er sei „nicht wissenschaftlich, sondern doktrinär". Darum aber dürfe man ihn auch nicht als „wesentlich romanistisches Machwerk" bezeichnen und

---

[1]) Worte G. Beselers in seiner Baseler Antrittsrede von 1835; in „Erlebtes und Erstrebtes" (Berlin 1884) S. 130.

[2]) Man beachte, was er S. 6 hinsichtlich des künftigen Universitätslehrplanes als „schön und selbstverständlich" ankündigt: die Pandektenvorlesungen gehen in das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches über, das deutsche Privatrecht wird durch eine Vorlesung über „die Extravaganten der Reichsgesetzgebung" ersetzt; die Studierenden lernen nun, „daß es nur ein juristisches Denken giebt, nicht ein germanistisches und ein romanistisches", — sie lernen aber dieses eine Denken ausschließlich vom Romanisten. — Ob wohl die Germanisten zu diesem Lehrplane einfach Ja und Amen sagen werden?

aus diesem angeblichen Romanismus einen Grund gegen seine unveränderte Annahme herleiten. Wir geben gern zu, daß der Entwurf durch und durch romanistisch und gleichwohl unendlich besser sein könnte. Gewiß giebt es einen in doktrinärer Engherzigkeit verknöcherten und einen freien und weitherzigen Romanismus. Wenn aber der Entwurf sich einer etwas veralteten Species des romanistischen Geistes ergeben hat, so bleibt es doch eben ein „romanistischer" Geist, dem seine Eigenart entstammt. Wir haben es nicht für nötig erachtet, jedesmal die Besonderheit seines Romanismus durch ein weiteres Beiwort zu bezeichnen, und vermögen am wenigsten einzusehen, wie er darum annehmbarer sein soll, weil er bei gesunderem Romanismus manche Fehler vermieden haben würde. Im übrigen würden wir ihn auch bekämpfen, wenn er Bekkers Ideal eines romanistischen Gesetzbuches entspräche. Wäre er auch seinem Inhalte nach nicht positiv römisch, aber undeutsch, so würde er uns aus dem einfachen Grunde nicht genügen, weil wir auf den in die Tiefe des Volkslebens hinabreichenden Gebieten kein weltbürgerliches Juristenrecht, sondern nur deutsches Volksrecht brauchen können. Wir sind ein wenig erstaunt, die rationalistische Lehre des nackten Utilitarismus als letzte Weisheit der historischen Schule predigen zu hören und von „Rechtsbewußtsein" und ähnlichen Dingen kein Sterbenswörtchen mehr zu vernehmen. Wenn uns gesagt wird, ob germanisch oder römisch, das habe für den modernen Romanisten „nicht mehr Bedeutung, als dem Militär darauf ankommt, ob das Schwert, das er führt, denen der römischen Legionen oder den Waffen der Scharen Hermanns gleicht" —, so scheint uns eine romanistische Jurisprudenz, der ein solcher Vergleich einleuchtet, die von Männern wie Savigny, Eichhorn, Grimm angebahnte geschichtliche Auffassung des Rechts gründlich überwunden zu haben und bereits bei der neuesten Rechtsphilosophie angelangt zu sein, welche den Typus der gesamten Rechtsordnung in dem Betriebsreglement der Eisenbahnen oder dem Exerzierreglement erblickt[1]). Soweit das Recht in der Technik aufgeht, ist ja freilich sein nationaler Ursprung nicht wichtiger als der eines neuerfundenen Sprengstoffes. Wir aber halten bis auf weiteres an dem Glauben fest, daß das Recht ein inneres geistiges Element hat, durch welches es mit allen den unwägbaren Stoffen und unmeßbaren Kräften zusammenhängt, die ein Volkstum bilden und fortpflanzen. Ein Recht ohne Rechtsidee ist uns eine Schale ohne Kern: die Rechtsidee aber läßt sich nicht mit Nützlichkeitserwägungen erklügeln,

---

[1]) Josef Schein, Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, Berlin 1889.

sondern nur aus dem innersten Leben der uns umschließenden Gemeinschaft schöpfen. Die weiteren Ausführungen **Bekkers** über den Wert der römischen Rechtswissenschaft können wir mit dem Vorbehalt unterschreiben, daß uns nicht römisches Denken, sondern nur römische Denkkunst angesonnen werden darf. Doch scheint uns die Frage nach der Überlegenheit Papinians über Herrn Eike von Repgow herzlich wenig mit dem Inhalt des deutschen Gesetzbuches zu thun zu haben. Man müßte denn davon ausgehen, daß wir nicht um des deutschen Volkes, sondern um der deutschen Juristen willen eine Neuordnung unseres Privatrechts planen und vom Gesetzgeber eine Anweisung für künftige wissenschaftliche Methode zu empfangen haben.

In ähnlicher Weise verbindet **von Lißt** mit einer durchaus ungünstigen Beurteilung des Entwurfes den dringenden Wunsch, daß derselbe bald und mit geringen Änderungen zum Gesetz erhoben werden möge[1]). Nach seiner Meinung hat der Entwurf die berechtigten Hoffnungen der Nation enttäuscht. Statt einer Verschmelzung deutschen Geistes und römischer Form bietet er nichts als römisches Privatrecht. Er versperrt sich schon dadurch, daß er ausschließlich im Vermögensrecht den Lebensquell alles juristischen Denkens erblickt, den Zugang zu deutschen Rechtsanschauungen. Was er bringt, ist Juristenrecht, Geist vom Geiste unserer Juristen und nicht Fleisch und Blut unseres Volkes. Dennoch muß er aus „**nationalen Gründen**" Gesetz werden. Man müßte für ihn stimmen, wenn er auch noch viel weniger den an ein deutsches Gesetzbuch zu stellenden Anforderungen entspräche. Denn „wo es sich um die Rechtseinheit unseres deutschen Volkes handelt, spielen juristische Bedenken keine Rolle". Der Entwurf aber, so undeutsch er ist, erscheint als „die reifste Frucht, welche die Blüte unserer heutigen deutschen Rechtswissenschaft gezeitigt hat". Unsere Juristen entbehren nun einmal der schöpferischen Kraft, das deutsche Recht zu gestalten. Sie entbehren derselben, weil ihnen „das Verständnis für deutsche Rechtsanschauung fehlt und mit dem Verständnis die Liebe". So müssen wir heute wie vor Jahrhunderten, um ein einheitliches **deutsches** Privatrecht zu bekommen, **römisches** Recht dem deutschen Volke aufdrängen. Für die Zukunft jedoch soll uns das eine Mahnung zur Einkehr sein. Wir sollen unsere Söhne und Enkel lehren, es besser zu machen. Indem wir ein Geschlecht deutscher Juristen heranziehen, werden wir auch ein künftiges deutsches Privatrecht vorbereiten. „Eine neue ungeahnte Blüte steht unserer Rechtswissenschaft bevor,

---

[1]) v. **Lißt**, Heft 5 der Beiträge, bes. S. 1 ff. u. 45.

wenn sie es lernt, deutsch zu sein." — Insoweit auch Lißt der „nationalen" Sache dienen zu können glaubt, indem er die „deutsche" Sache preisgiebt, können wir seinen Standpunkt beklagen, aber nicht mit ihm rechten. Denn dieser Begeisterung für einen blutleeren Schemen stehen wir ratlos gegenüber. Wir würden kaum erstaunt sein, wenn in das nationale Programm auch die Ersetzung der „deutschen" Sprache durch eine „nationale" Sprache nach Art des Volapük aufgenommen würde, um endlich mit den in breiten Schichten des Volkes noch immer die deutsche Einheit störenden Mundarten aufzuräumen. Einige Behauptungen Lißts aber können wir nicht unwidersprochen lassen. Es ist nicht wahr oder doch mindestens nicht erwiesen, daß mit den Hülfsmitteln der heutigen deutschen Jurisprudenz ein deutscheres Gesetzbuch nicht herzustellen war. In dieser Hinsicht genügt es, an das offene Geheimnis zu erinnern, daß in der Kommission die germanistische Rechtswissenschaft überhaupt nicht zum Worte gekommen ist. Bei aller Anerkennung für die Tüchtigkeit der Arbeit ist es doch eine ungeheuerliche Übertreibung, in dem Entwurf ohne weiteres „die Probe auf unsere Leistungsfähigkeit" zu sehen. Es ist ferner verkehrt, unseren jetzigen Zustand so auszumalen, als gebe es in ganz Deutschland nur römisches Privatrecht oder doch nur römisches juristisches Denken. Der Entwurf würde keineswegs die bestehenden Verhältnisse wiederspiegeln, sondern eine einseitig romanistische Umwälzung vollziehen, deutschere Gesetzbücher verdrängen, deutschere Rechtsanschauungen ertöten, das deutsche Element in der Rechtswissenschaft schädigen. Und es ist ein seltsames Trugbild, von der Zukunft die Entwicklung eines deutschen Geistes in der Jurisprudenz zu erwarten, wenn man die neue Ära mit der Aufdrängung römischen Privatrechts eröffnet. Lißt selbst sagt: „Wollen wir deutsche Juristen haben, so dürfen wir nicht das römische Recht zur Grundlage für die Ausbildung unserer jungen Juristen machen." Soll denn aber das bürgerliche Gesetzbuch, das Lißt ausdrücklich für römisches Recht erklärt, bei der Ausbildung der künftigen Juristen nicht zu Grunde gelegt werden?

Gegenüber solchen teils unklaren teils widerspruchsvollen Äußerungen des nationalen Dranges hat Felix Dahn, dem wohl niemand Mangel an heißblütiger nationaler Empfindung nachsagen wird, das rechte Wort gesprochen[1]). Er verwirft gleich uns den vorliegenden Entwurf aus

[1]) F. Dahn, Vorwort zu „Bemerkungen über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich"; Sonderabdruck aus Nr. 834 der Schlesischen Zeitung vom 27. November 1888.

„grundsätzlichen Bedenken wider die traurige Undeutschheit in Gedankeninhalt und Gedankenausdruck, wider die Zaghaftigkeit gegenüber der Gesetzgebung der Gliedstaaten, wider die Lückenhaftigkeit und Unvollständigkeit, wider die durchaus römische Denkweise und die lehrhaft abgezogene blutleere Sprachweise, wider die Abgunst gegen zahlreiche deutschrechtliche vollberechtigte, lebenskräftige, entwicklungsfähige, höchst ersprießliche Rechtsgebilde". Eine Hebung solcher Bedenken auf Grundlage dieses Entwurfes hält er für unausführbar. Die ganze Denk- und Sprechweise müsse ja geändert werden, und dann wäre das Neue eben nicht mehr dieser Entwurf. Andrerseits aber vermag er seine Einwendungen nicht zurückzudrängen, damit nur baldigst irgend ein einheitliches Gesetzbuch zu stande komme. Denn „es handelt sich wahrlich nicht um ein Kleines in dem Leben unseres Volkes, sondern — neben seiner Sprache — um sein Größtes: sein Recht, sein deutsches Recht". So gelangt er „schweren Herzens und nach langer reiflicher Erwägung" zu dem Schluß: „Vor die Frage gestellt: „„soll dieser Entwurf Gesetz werden oder soll das deutsche Volk noch ein Menschenalter auf sein bürgerliches Gesetzbuch warten?"" antworten wir — betrübt, aber bestimmt, es soll warten."

Gewiß! Wer vaterländisch, wer deutsch empfindet, wird nicht anders antworten können und nimmermehr durch den Vorwurf, daß ihm die rechte „nationale" Gesinnung fehle, eine andere Antwort sich abdringen lassen. Das deutsche Volk darf nicht um der noch so glühend ersehnten Rechtseinheit willen die Axt an die Wurzeln seine Kraft legen, es darf nicht, hingerissen von Ungeduld, seine Seele an ein undeutsches Gesetzbuch verkaufen. Wie lange oder wie kurze Zeit darüber verfließen mag: es muß warten! Ja wir gehen noch weiter. Sollte sich jetzt oder infolge erneuter Versuche herausstellen, daß die deutschen Juristen nicht im stande sind, ein wesentlich anderes Werk als diesen Entwurf zu schaffen, so bliebe nur der eine ehrenvolle und glückverheißende Ausweg offen, daß wir unsere Unfähigkeit, die Macht und Fülle des deutschen Rechtsgedankens in Paragraphen zu fassen, offen eingestehen, den Plan des bürgerlichen Gesetzbuches fallen lassen und uns bescheiden, die deutsche Rechtseinheit stückweise durch Kodifikation einzelner hierzu reifer Materien zu verwirklichen. Ein deutsches Obligationenrecht, ein deutsches Gesetz über den Erwerb und Verlust des Grundeigentums und die dingliche Belastung der Grundstücke, eine deutsche Vormundschaftsordnung, ein Reichsgesetz über die Todeserklärung, ein Gesetz über die privatrechtliche Stellung der Vereine und so manches andere würden wir ja wohl mit einiger Anstrengung in

den Hafen bringen. Die intuitive Kraft und die schöpferische Genialität, deren es bedarf, um ein systematisches Gesetzbuch herzustellen, — ein Gesetzbuch, welches den hohen Beruf der centralen Beherrschung und begrifflichen Durchdringung des gesamten deutschen Privatrechts zu erfüllen vermöchte — lassen sich nicht hervorzaubern. Zur Sondergesetzgebung sind solche seltenen Gaben nicht in gleichem Maße erforderlich. Vor allem aber stiften Verfehlungen, die hierbei etwa begangen werden, einen unendlich geringeren Schaden. Auf diesen Ausweg hat Bähr mit Nachdruck hingewiesen [1]). Doch ist es noch nicht an der Zeit, denselben ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Die Bedenken gegen eine stückweise Gesetzgebung liegen auf der Hand [2]). Ob nicht dennoch eine solche von Hause aus dem Unternehmen der Kodifikation vorzuziehen gewesen wäre, kann dahingestellt bleiben. Denn der Weg der Kodifikation ist nun einmal beschritten. Verlassen wir ihn, so wird dies allgemein als eine Niederlage empfunden werden. Wir müssen im Notfall den Mut finden, diese Niederlage anstatt der weit furchtbareren Niederlage, die hinter einem scheinbaren Siege unter dem Zeichen dieses Entwurfes lauern würde, auf uns zu nehmen [3]). Allein so verzweifelt stehen die Dinge noch keineswegs. Wer den Entwurf auf Herz und Nieren geprüft, den innigen Zusammenhang von Form und Inhalt erkannt und überall dasselbe trostlose Bild geschaut hat, wird zunächst sich einer pessimistischen Stimmung nicht erwehren können. Dennoch ist der Versuch einer Umarbeitung nicht aussichtslos und muß daher unternommen werden.

Mit Besserungen im einzelnen ist nichts gethan. Mag man von einer „zweiten Lesung", einer „Revision", einer „Neubearbeitung" reden: sachlich bedarf es einer Umschmelzung des Entwurfes, welche sich

---

[1]) Bähr, Das bürgerliche Gesetzbuch und die Zukunft der deutschen Rechtsprechung, Sonderabdruck aus den Grenzboten, Leipz. 1888. Bähr giebt hier zwar nur nachträglich den Stimmen recht, welche einstmals im Reichstage ein derartiges Vorgehen begehrten (S. 19). Allein für den schlimmsten Fall stünde dieser Weg auch heute noch offen und wäre durch die Vorarbeit des Entwurfes wesentlich erleichtert. Auch Bekker S. 81 ist dieser Meinung.

[2]) Vgl. Petersen, Heft 16 der Beiträge S. 106—107.

[3]) So meint auch Bähr, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 31 S. 365—370, die Annahme dieses Entwurfes wäre ein größeres „nationales Unglück als sein Scheitern"; er appelliert an den nationalen Stolz und fragt, was wohl die Ausländer „zu diesem in der Sprache Goethes und Schillers geschriebenen Gesetzbuch" sagen würden; „soll Deutschland ein Gesetzbuch haben, so ist das beste gerade gut genug"; die Entscheidung falle für Jahrhunderte und die Hoffnung baldiger Verbesserung sei eine „phantastische Täuschung". — Vgl. auch Fr. Endemann, Die politische Frage bei dem Entwurf, Deutsches Wochenblatt Jahrg. II Nr. 41 S. 159—161.

auf Fassung und Gehalt erstrecken muß und nicht ohne Ausscheidung des beigemischten unedlen Metalles und ohne reichliche Zuthat deutschen Edelmetalles gelingen kann. Eine solche Umschmelzung aber ist **möglich**. Wieviel oder wiewenig Zeit sie erfordern wird, läßt sich im voraus nicht ermessen. Diese Frage indes ist gegenüber der weltgeschichtlichen Aufgabe, um die es sich handelt, von untergeordneter Bedeutung. Mit Recht warnt **Hölder** vor Überstürzung und weist energisch darauf hin, wie gering bei der lebhaften Anteilnahme des Volkes an dem Werke die Gefahr ist, daß ein Aufschub das endliche Gelingen in Frage stelle, wieviel mehr aber auf das Wie als auf das Wann des Gesetzbuches ankommt[1]). Immerhin dürfen wir hoffen, daß in absehbarer Zeit auch eine gründliche Umarbeitung des Entwurfes zu vollenden sein wird. Denn trotz aller seiner Gebrechen wird das von der Kommission vorgelegte Werk bei der neuen Arbeit erhebliche Dienste leisten. Inwieweit dasselbe als „Grundlage" beibehalten werden kann, ist eine Frage, die zum Teil auf einen Wortstreit hinausläuft, zum Teil für die verschiedenen Rechtsteile eine ungleiche Lösung finden wird[2]). Einzelne Abschnitte werden zweifellos in ihrem Kern sich zu Übernahme eignen[3]).

---

[1]) Vgl. **Hölder**, Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 73 S. 1 ff. u. 160; **Zitelmann**, Heft 78 der Beiträge S. 15: „Der schwerste Fehler wäre der der Überhastung"; **Fischer**, Heft 6 der Beiträge S. 141.

[2]) Die Meinung, daß der Entwurf in der vorliegenden Gestalt unbrauchbar, jedoch verbesserungsfähig ist, wird vielfach vertreten. So von **Hölder** a. a. O.; von **Reatz** in den Gutachten aus dem Anwaltstande Heft 3, 7 und 9; von **Zródłowski** S. 39–40 u. 45 (aber „gründliche Umarbeitung, kein Flickwerk"); von **Klöppel**, Beiträge zur Erläut. des deut. R. Bd. 33 S. 67 ff.; von **L. Goldschmidt** S. 201 ff.; von **Meischeider** im 3. Heft der Beiträge S. 99–100; von **Koch**, Heft 4 S. 54; von **Fischer**, Heft 6 S. 140 ff.; von **Bernhöft**, Heft 12 S. 2 ff.; von **Petersen**, Heft 16 S. 101–107.

[3]) Dies gilt von denjenigen Stücken des Allgemeinen Teiles, deren Bearbeitung **Zitelmann**, Heft 78 der Beiträge, begonnen hat. **Zitelmann** hat auf Grund einer äußerst sorgfältigen Prüfung Vorschläge einer Neufassung der Bestimmungen über „Handlungs- und Verfügungsfähigkeit", „Wirksamkeit der Willenserklärung", „Vertragschließung" und „Form der Rechtsgeschäfte" (§§ 28–29 u. 64–94), sowie einiger Sätze des Vormundschaftsrechts ausgearbeitet (S. 160–183). Dieselben schließen sich eng an den Entwurf an, bringen einzelne sachliche Änderungen, geben aber vor allem den Inhalt des Entwurfes in einer viel strafferen, klareren und geschmackvolleren Form wieder. Sie sind äußerst dankenswert! Wenn aber **Zitelmann** wünscht, daß in ähnlicher Weise der ganze Entwurf in dem gegebenen Rahmen und ohne Änderung seiner Gesamthaltung freiwillig bearbeitet, demnächst durch neue unbefangene Männer die offizielle Sichtung des kritischen Materials und dessen Verwertung zu Vorschlägen in Angriff genommen und endlich durch die um diese Männer verstärkte alte

Auch im übrigen aber bleibt die auf Zusammentragung und Sichtung eines gewaltigen Stoffes verwandte Mühe unverloren; die feine begriffliche Durcharbeitung der einzelnen Rechtsinstitute wird jedem weiteren Gestaltungsversuch zu gute kommen; und nicht am wenigsten wird der handgreifliche Mißerfolg der eingeschlagenen Methode als ein warnendes Beispiel dahin wirken, die neue Arbeit zu vereinfachen und zu erleichtern. Soll doch gerade eine Fülle von juristischem Ballast über Bord geworfen werden. Wieviel Kraft aber wird man sparen, wieviel selbstquälerisches und zuletzt unfruchtbares Abmühen wird man vermeiden, wenn man mit dem Bestreben bricht, zugleich den Gesetzgeber und den Schulmeister zu spielen! Wenn man auf alle diese scholastischen Künste des

Kommission eine zweite Lesung hergestellt werde (S. 15—16), so müssen wir entschieden widersprechen. Denn diesem Plane liegt die Absicht zu Grunde, ein Gesetzbuch zu stande zu bringen, das sich nicht nur in der Hauptsache inhaltlich mit dem Entwurfe deckt, sondern auch dessen Geist atmet und nur die Intentionen des Werkes folgerichtiger und anmutender durchführt (S. 1 ff.). Wenn wir jedoch hinsichtlich gewisser national indifferenter und notwendig stark abstrakter Lehren des Allgemeinen Teiles eine gute Strecke mit Zitelmann zusammengehen können, so scheiden sich hinsichtlich des „Idealbildes", das er von einem Gesetzbuch entwirft (S. 7), unsere Wege vollständig. Ein Gesetzbuch, welches „wirklich den vollen Reichtum der rechtlichen Vorkommnisse geistig vorauszubestimmen versucht" und „aus möglichst vollständiger Durchdenkung der Einzelheiten heraus induktiv zu so allgemeinen und genauen Sätzen kommt, daß dem Richter in jedem Fall die Wege seines Urteils fest gewiesen sind", ist nicht bloß ein unerreichbares Ideal, sondern ein irreführendes Trugbild. Dächte man sich dieses angebliche Ideal, dem ja auch die Gesetzgeber des vorigen Jahrhunderts — zum Glück vergeblich — nachgejagt haben, annähernd verwirklicht, so wäre nicht das höchste Leben des Rechts, sondern dessen Todesstarre gekommen. Was Wissenschaft und Praxis dann noch an freier geistiger Thätigkeit zu leisten hätten, schlägt Zitelmann selbst nicht hoch an. Er meint indes, das Recht sei nun doch einmal nicht für die Juristen, sondern für das Volk da. Mögen also die Juristen auf das Niveau geschickter Techniker herabsinken, die ein dem offiziellen chinesischen Rezeptenbuch für Ärzte vergleichbares Entscheidungsreglement erläutern und handhaben. Allein dem Volke, dem zuliebe der Juristenstand verknechtet ist, soll das ideale Gesetzbuch keineswegs unmittelbar zugänglich sein. Denn es muß notwendig „schwer verständlich, wenig anschaulich, unvolkstümlich" ausfallen. Das Volk muß sich also immer wieder an seine Juristen wenden. Ist ihm nun wirklich gedient, wenn es Juristen vorfindet, in denen kein freier Geisteshauch, kein selbständiges Rechtsgefühl, kein Funke der über alle Gesetzeskunst mächtigen Rechtsidee mehr lebt? — Einem derartigen Zukunftsideal gegenüber berufen wir uns auf die Ausführungen von Jhering, Bähr, Bekker, G. Hartmann (vgl. namentlich a. a. O. S. 312—313), Kohler und vielen anderen; wir fürchten, daß, wenn es auch nur annähernd in Erfüllung ginge, die von Bähr, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 31 S. 369—372, entworfene Schilderung unseres künftigen Rechtslebens keineswegs zu schwarz gemalt wäre!

Konstruierens, Distinguierens, Analogisierens und Fingierens verzichtet! Wenn man den Plan aufgiebt, den Reichtum der Lebensverhältnisse in tote Formeln zu bannen und mit abstrakter Kasuistik das gesamte Reich des Möglichen zu beherrschen! Wenn man der Wissenschaft den doktrinären Ausbau, der Praxis die Entfaltung der Rechtssätze, dem Gewohnheitsrecht die Fortbildung und Ergänzung des Gesetzes nach den Bedürfnissen des Lebens vertrauensvoll überläßt! Die Kraft, die so frei wird, mag dann die neuen Ziele, denen sie sich zuwendet, schneller und voller erreichen, als dies heute wahrscheinlich dünkt. Nun mag es gelingen, das Wesentliche in volkstümlicher Sprache zu sagen, große und einfache Rechtsgedanken, wie sie allein das Leben wirklich zu durchdringen und allseitig zu beherrschen mächtig sind, in anschaulicher Verkörperung hinzustellen. Es mag aber auch gelingen, diese Gedanken aus der Seele unseres Volkes und unserer Zeit zu schöpfen und so die deutsche Form mit deutschem Geist zu erfüllen [1]).

[1]) Wenn etwas geeignet ist, den gesunkenen Mut zu beleben, so ist dies der von Bähr veröffentlichte Gegenentwurf eines ehelichen Güterrechts (vgl. oben S. 395 Anm. 1). Bähr legt im ganzen den Entwurf zu Grunde und nimmt nur einzelne tiefer eingreifende sachliche Änderungen vor, — unter ihnen die auch von uns in erster Linie geforderte Einführung des „Regionalsystems" an Stelle der reichsrechtlichen Aufzwingung eines einzigen „gesetzlichen Güterstandes" (§§ 5—6), die gleichfalls von uns verteidigte Erleichterung des Abschlusses von Eheverträgen durch Zulassung der Güterrechtskür vor dem Standesamte (§ 2), die nicht minder von uns verlangte Erstreckung der „fortgesetzten Gütergemeinschaft" auf alle Formen der Gütergemeinschaft unter Beseitigung des künstlichen Systemes der „Erbfolge" zu Gunsten der einfachen Durchführung des hausrechtlichen Gemeinschaftsgedankens (§§ 61—69). Wir würden in den sachlichen Abweichungen vom Entwurfe erheblich weiter gehen, uns ungleich enger an das genuine deutsche Recht anschließen. Allein schon dieser aus romanistischer Feder geflossene Gegenentwurf liefert den Beweis, daß ein klares, gemeinverständliches, gerechtes eheliches Güterrecht, welches dem Wesen der deutschen Ehe und des deutschen Hauses keinerlei Gewalt anthut, aus einer Umschmelzung der durch und durch verkünstelten und ungesunden Ordnung des Entwurfes hervorgehen kann. Wenn man das Werk des genialen Praktikers mit der Arbeit der Kommission vergleicht, fühlt man sich wie von einem Alp befreit! Man glaubt aus einem schweren Traum zu erwachen und die frische Luft des Tages wiederum zu atmen! Mit freudigem Staunen bemerkt man, daß man wieder in einer menschlichen Welt weilt und die Töne menschlicher Sprache vernimmt, und nicht ohne geheimes Grauen blickt man zurück auf die gespenstige Welt juristischer Schemen, unter denen zu wandeln der Entwurf uns gezwungen hatte. — Auch sonst haben wir Gelegenheit gehabt, von einzelnen Männern ausgearbeitete Gegenentwürfe bezüglich kleinerer oder größerer Abschnitte zu erwähnen, welche in Form und Inhalt dem Entwurfe unendlich vorzuziehen wären; vgl. z. B. oben S. 558 Anm. 1.

Daß eine derartige Umarbeitung des Entwurfes nicht derselben sei es unveränderten sei es unwesentlich ergänzten oder modifizierten Fachkommission anvertraut werden kann, welche das im Ganzen mißlungene Werk geschaffen hat, wird einer näheren Darlegung nicht bedürfen. Niemand kann über seinen eigenen Schatten springen. Die Kräfte eines Einzelnen würden der gewaltigen Aufgabe schwerlich gewachsen sein[1]). Wie sollte es auch möglich sein, den rechten Mann zu finden? Es muß also mit einer neuen Kommission versucht werden.

Zunächst aber bedarf es noch einer weiteren Klärung der Urteile über den Entwurf und der Vorschläge zu seiner Besserung. Juristische Federn sind zur Genüge in Bewegung und werden nicht zur Ruhe kommen, bevor die brennende Frage gelöst ist. Was vor allem als wünschenswert erscheint, ist eine ernste und lebhafte Beschäftigung weiterer Volkskreise mit der geplanten Rechtsordnung. Erfreuliche Anfänge sind gemacht. Insbesondere regen sich die Vertretungen der Landwirtschaft, die ja freilich den tristigsten Anlaß hat, sich gegen den Geist dieses Gesetzbuches aufzulehnen. Die Schwierigkeiten, welche der Entwurf dem volkstümlichen Verständnis entgegentürmt, lassen sich mit Hülfe der seiner Verdeutschung und Erläuterung gewidmeten Litteratur täglich leichter überwinden. Behörden und Vereine haben zum Teil durch Bestellung von Referenten für eine umfassende Aufklärung der ihnen zugehörigen Kreise über die denselben besonders naheliegenden Bestimmungen des Entwurfes gesorgt. Es ist notwendig, daß auf diesem Wege weiter vorgeschritten und mit allen geeigneten Mitteln dahin gewirkt werde, den „Laien" aller Stände eine Einsicht nicht bloß in einzelne Sätze, sondern in das gesamte innere Gefüge des uns zugedachten deutschen Privatrechts zu verschaffen. Von Ludwig Goldschmidt (a. a. O. S. 202) ist sogar der Vorschlag gemacht, es möge zunächst eine offizielle Umformung des Entwurfes durchgeführt und veröffentlicht werden; eine mit dieser Aufgabe betraute einzelne Persönlichkeit werde im stande sein, binnen Jahresfrist dem Werke eine gemeinverständliche Fassung zu geben; dabei sei am sachlichen Inhalt nichts zu ändern, so daß inzwischen auch die Kritik erfolgreich weiter arbeiten könne. Doch müsse nach Veröffentlichung des neuen Entwurfes der Kritik noch ein weiterer Zeitraum von etwa zwei

[1]) Wenn Fischer S. 141—142 die Übertragung der Schlußredaktion an eine Person oder höchstens zwei wünscht, so nimmt doch auch er vorher eine zweite Lesung durch eine neue Kommission in Aussicht.

Jahren offenbleiben, bevor an die sachliche Revision gegangen werde. Wir treten diesem Vorschlage nicht entgegen. Will das Reichsjustizamt in solcher oder ähnlicher Weise eine Umformung des Entwurfes erwirken, so kann dies der Sache nur zum Vorteil gereichen. Indes wird es schwierig sein, Form und Inhalt zu trennen: allzu innig ist die künstliche Fassung dieses Entwurfes mit seiner künstlichen Begriffsbildung verwachsen; es ist derselbe doktrinäre Geist, dem das volkswidrige Juristendeutsch und das volkswidrige Juristenrecht entflossen sind. Auch darf man den Wert der aus einzelnen Volkskreisen zu erwartenden Gutachten für das endliche Gelingen des Gesetzeswerkes nicht überschätzen. Denn zuletzt sind es doch nur die „Interessen", die hierbei zum Worte kommen. Daß die Interessen gehört und beachtet werden, daß jeder Berufsstand, soweit ihn das neue Privatrecht berührt, zugleich eine seinen besonderen Anschauungen und Bedürfnissen entsprechende Ordnung empfange, ist in hohem Maße wünschenswert. Allein die schließliche Entscheidung kann nicht vom Standpunkte der Interessen gefällt werden. Es versteht sich von selbst, daß kein einzelnes Interesse, und sei es von noch so einschneidender Bedeutung, seine Forderungen einseitig durchsetzen darf. Aber auch aus dem bloßen Ausgleich widerstreitender Interessen darf unser künftiges Privatrecht nicht hervorgehen. Das Privatrecht reicht in Tiefen des Volkslebens, welche der Streit der Interessen nicht aufwühlt und ihr Kompromiß nicht berührt. Sein Gedächtnis führt weiter in die Vergangenheit zurück, sein Blick trägt ferner in die Zukunft, als daß es jemals von den in der Tagesmeinung befangenen Strebungen voll begriffen werden könnte. In die Grundfragen der Sittlichkeit greift es ein, es weist der wirtschaftlichen Bewegung feste Bahnen an und baut die Fundamente aller gesellschaftlichen Gliederung. Was der Einzelne in der Gemeinschaft, was die Familie im Staate gilt, hat es mit starker Hand zu ordnen. Alle diese Grundverhältnisse gehen das Volk im Ganzen an und entziehen sich dem Gesichtsfelde der „Interessentenkreise". Die endgültige Würdigung der Stellung des Gesetzbuches zu den Lebensfragen unseres Volkes wird den gesetzgebenden Körperschaften des Reiches obliegen. Aber weder der Reichstag noch der Bundesrat werden in der Lage sein, den Entwurf von Grund aus zu ändern und da, wo die Hauptsache verfehlt ist, bessernd einzugreifen. Sie werden im wesentlichen nur die Wahl zwischen Ja oder Nein haben. Alles hängt daher davon ab, daß noch im Vorbereitungsstadium der Entwurf eine Umgestaltung erfahre, bei welcher die Stimme des Volkes gehört wird.

Dies zu erreichen, giebt es kein anderes Mittel, als bei der Zu-

sammensetzung der neuen Kommission den bisher festgehaltenen Standpunkt der fachmäßigen Abschließung aufzugeben. Juristen gehören in die Kommission, Theoretiker wie Praktiker. Dabei wird der Zusammenhang mit der alten Kommission zu wahren, vornehmlich jedoch die Gewinnung neuer Kräfte ins Auge zu fassen sein. Daß der unselige Mißgriff, welcher die Wissenschaft des deutschen Rechts von jeder thätigen Mitwirkung bei der Herstellung des Entwurfes eines deutschen Gesetzbuches ausgeschlossen hat, gesühnt werden muß, bedarf nur der Andeutung. Vor allem aber darf die gelehrte Privatrechtsjurisprudenz nicht wieder allein zum Worte kommen. Dringend erforderlich ist eine Vertretung des öffentlichen Rechts durch einsichtige Verwaltungsbeamte. Auch die Teilnahme eines hervorragenden Nationalökonomen ist schwer zu entbehren. Unerläßlich endlich ist die Zuziehung sogenannter „Laien", gebildeter Männer, die kraft ihres Berufes mitten im Leben stehen und mit den Anschauungen und Bedürfnissen des Volkes vertraut sind. Besitzen sie zugleich Rechtskunde, so werden sie um so geeigneter sein — vorausgesetzt nur, daß sie den inneren Gehalt ihres Denkens über das Recht nicht aus Büchern, sondern aus dem Leben schöpfen. Den „Laien" ist selbstverständlich volles Stimmrecht einzuräumen; die Juristen aber müßten die Minderheit bilden. Bei einer derartigen Zusammensetzung der Kommission ließe sich zugleich durch Beteiligung von Reichstagsmitgliedern im voraus Fühlung mit dem Reichstage gewinnen. Die Hauptsache aber ist, daß die von der Doktrin unbeirrte volkstümliche Rechtsanschauung zur Geltung gelangt. Als ein teures Vermächtnis hat uns Georg Beseler in beherzigenswerten Worten den Rat hinterlassen, die Umarbeitung des Entwurfes unter Zuziehung von Laien zu versuchen[1]). Auch von anderer Seite ist eine ähnliche Zusammensetzung der neu zu bildenden Kommission, wie sie hier empfohlen wird, in Vorschlag gebracht[2]). Die Einzelheiten bedürfen näherer Er-

---

[1]) Vgl. die in meinem Aufsatz „Georg Beseler", in der Zeitschr. der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Bd. X Germ. Abt. S. 22, mitgeteilten Notizen, in denen Beseler den Entwurf als undeutsch und unvolkstümlich, als einseitig juristisch und insbesondere romanistisch abgefaßt, als Bruch mit der weltgeschichtlichen Arbeit der historischen Schule bezeichnet und mit den Worten schließt: „Der Entwurf wird so, wie er ausgearbeitet, nicht Gesetz werden können. Bei der Revision ist die Zuziehung von Sachverständigen aus dem Volke unerläßlich." — Ebenso Zróbkowski S. 14.

[2]) So von Hölder a. a. O. S. 1 ff. Desgleichen von L. Goldschmidt S. 203. Wenn der letztere die Zahl der Mitglieder auf zehn beschränken und der Kommission die Beendigung ihrer Arbeit in spätestens zwei Jahren aufgeben will, so scheinen uns solche Gewaltmaßregeln der Größe der Sache nicht würdig.

wägung, zu welcher die Zeit noch nicht gekommen ist. Ob der Plan gelingt, wird schließlich, wie gut er auch ersonnen sein mag, von der Auswahl der rechten Männer abhängen. Es müßte traurig um unser Volk stehen, wenn solche Männer, wenn Laien voll Verständnis und Liebe für deutsches Recht nicht mehr vorhanden wären. Sie aufzufinden, wird die bevorstehende Erörterung unseres künftigen Gesetzbuches in weiteren Volkskreisen erleichtern.

Die neue Kommission wird die Art ihres Verfahrens selbst festzustellen haben. Vor einem aber sei sie gewarnt. Nichts hat die bisherige Arbeit mehr geschädigt als das Geheimnis, in welches sie gehüllt wurde. Wenn die Hoffnung obwaltete, auf diese Weise der Nation mit einem vollendeten Werke gegenüberzutreten, das vermöge seines autoritativen Ursprunges, seines geschlossenen Gepräges und seines juristischen Glanzes alle Zweifel und Bedenken niederschmettern werde, so hat diese Hoffnung getrogen. Der hohen Stelle, von welcher das Werk ausgegangen, hat man die Achtung, der fleißigen und gediegenen Arbeit pflichteifriger Männer, die ihr Bestes gaben, hat man die Anerkennung nicht versagt. Aber die Mahnung, in der Kritik zurückhaltend zu verfahren[1]), hat wenig gefruchtet: sie hat eher das Gewissen geschärft und einen auch in der Form rücksichtslosen Widerspruch herausgefordert. Wo es sich um die obersten Güter der Nation handelt, ist Höflichkeit Verbrechen: kein Seitenblick darf den Personen gelten, voll und unverwandt ist das Auge auf die Sache zu richten. Weil man das Gesetzbuch als ein fertiges Ganze der Nation zum Geschenk darbringen wollte, ist nun das Ganze in Gefahr. Wie völlig anders würde die Nation zu dem Werke stehen, wenn sie von vornherein an der Arbeit selbst beteiligt worden wäre, wenn sie mindestens durch Veröffentlichung der Teilentwürfe Gelegenheit erhalten hätte, ihren rechtmäßigen Einfluß auf den Fortgang der Arbeit auszuüben. Denn ein bürgerliches Gesetzbuch, welches zum Volke sprechen will, muß auch vom Volke erarbeitet sein. Es ist keine Weihnachtsgabe, mit der man ein artiges Kind überrascht. Diesen Irrtum wieder gut zu machen, ist es zu spät. Kostbare Zeit ist unwiederbringlich verloren. Aber alle fernere Arbeit an dem schweren Werke wird sich vor der Wiederholung des Fehlers zu hüten haben. Keine Geheimnisthuerei, keine Abwehr des frischen Luftzuges der öffentlichen Meinung, keine Isolierung am grünen Tisch kann frommen. In ganz anderer Weise

---

[1]) Am schärfsten ausgesprochen von Bierhaus, Heft 1 der Beiträge S. 81—82.

daher als ihre Vorgängerin wird die neue Kommission im Lichte der Öffentlichkeit zu wirken, wird sie bei ihren Entscheidungen Fühlung mit der Gesamtheit zu suchen haben.

Dann wird der deutsche Rechtsgeist in das deutsche Gesetzbuch einziehen. Und mit ihm zugleich wird lebendiger Gemeinschaftsgeist das neue Privatrecht durchdringen. Der romanistische Geist der individualistischen Schablone, welcher mit der deutschen Rechtseinheit die verderbliche Saat der socialen Auflösung auszustreuen droht, wird für immer beschworen sein. Das Gesetzbuch wird zur Lösung der unermeßlichen socialen Aufgabe, die dem Privatrecht der Zukunft gestellt ist, die ersten bahnbrechenden Schritte thun. Es wird jugendstark, entwicklungsfähig, herrschmächtig in die Geschichte eingreifen, die Kraft unseres Volkstums erhöhen und auf lange hinaus friedlichen Segen stiften.

Die Nation hat die Wahl. Sie kann in kurzer Frist einen berauschenden Sieg der nationalen Idee feiern, um bald ernüchtert zu erkennen, daß der Besiegte das deutsche Volkstum war. Oder sie kann in neuer Arbeit mühevoll ringen, bis sie den Sieg erkämpft, der die nationale und die deutsche Sache nicht trennt. Wenn unser Volk seiner alten Art nicht ganz vergessen hat, wenn es heute wie so oft in entscheidender Stunde den gleißenden Schein und das innere Sein zu sondern weiß, so kann kein Zweifel walten, wohin die Wahl fällt!

Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.


LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 105 322 905